Mittheilungen
aus den Materialien
der
Gesetzgebung und Rechtspflege
des
Großherzogthums Hessen
in einzelnen Ausarbeitungen
und
mit besonderer Beachtung
merkwürdiger Rechtsfälle.

In Verbindung mit mehreren praktischen Juristen
herausgegeben
von

Philipp Bopp,
Großherzogl. Hessischem Hofgerichts-Advokaten
in Darmstadt.

Fünftes Bändchen.

Darmstadt 1831.
Druck und Verlag von Carl Wilhelm Leske.

Vorrede.

Der Herausgeber konnte am Schluß der Vorrede zum vierten Bändchen das baldige Erscheinen des fünften Bändchens versprechen. Er erfüllt diese Zusage, indem er dasselbe hiermit dem Publikum übergiebt.

Zwar ist der Herausgeber im Begriff, zu einer weiteren partikularrechtlichen Arbeit, zur Herausgabe desjenigen rheinischen Statutarrechts, welches die Herausgeber der rheinischen Partikular-

rechte übergangen haben *), des Landrechts der Obergrafschaft Katzenelnbogen, zu schreiten, indem er durch Bewilligungen der Staatsregierung und namentlich durch Gestattung des Zutritts zu dem hiesigen Staatsarchiv dazu in den Stand gesetzt ist. Diese Arbeit wird allerdings seine Nebenstunden sehr in Anspruch nehmen, indem der Abdruck des Textes namentlich von einer historischen Einleitung und erläuternden, auch sonst von dem Stoff herbeigeführten, Anmerkungen begleitet seyn wird.

Indessen wird es ihm doch auch für die Dauer dieser Arbeit vergönnt seyn, diesen „Mittheilungen" die nöthige Sorge zu widmen, zumal, da ihn jene Beschäftigung auf manchen, dem gegenwärtigen Unternehmen angehörigen, Stoff führen wird. Das sechste Bändchen wird daher bald und zwar hoffentlich noch in diesem Jahr ans Licht treten. Der Herausgeber hat bereits von vielen Seiten her die bestätigende Versicherung erhalten, daß das Unternehmen zeitgemäß und, abgesehen

---

*) S. Vorrede zum vierten Bändchen S. V.

von andern Beziehungen, schon wegen des Rangs, den der Gerichtsgebrauch als Rechsquelle einnimmt, für das Geschäftsleben von der größten Wichtigkeit sey *). Von solchen Stimmen aufgemuntert, hält er es für eine heilige Pflicht, sich von keinen

*) „Nichts," heißt es im sechsten Band der Tübinger kritischen Zeitschrtft für Rechtswissenschaft S. 401, „kann auf die Ausbildung des Rechts wohlthätiger und erfolgreicher einwirken, als eine, von tüchtig gebildeten, mit gutem Blick begabten, Männern ausgehende Rechtspflege. Sie verliert aber ihre Hauptwichtigkeit und Wirksamkeit und ihren ganzen wohlthätigen Einfluß, wenn die Erkenntnisse und die durch das Leben gesammelten Erfahrungen gleichsam wie eine todte Masse im Grabe der Registratur modern. Sie muß durch eine gehörige Bekanntmachung Gemeingut werden und dadurch für die Nachfolger im Gericht, für coordinirte und subordinirte Richterkollegien, für den Advokaten, für den gelehrten Bearbeiter des Rechts, überhaupt für jeden Zugänglichkeit erhalten. Ohne eine solche Publicität ist eigentlich für die Rechtsausbildung dieser ungemein wichtige und unersetzliche Weg der Erfahrung beinahe ganz verschlossen und statt auf die Ausbildung des Rechts zu wirken, wirkt er dann meist blos beschränkt auf die Bildung einzelner Geschäftsmänner und auf die Entstehung einer isolirten, denjenigen, die das Recht kennen, sowie denen, die es befolgen sollen, meist unbekannteu Gerichtspraxis."

Hindernissen abhalten zu lassen, kein Opfer zu scheuen, und mit Eifer und Beharrlichkeit *) das Unternehmen **) seinem Zwecke immer näher zu führen.

Darmstadt im September 1831.

---

*) Wenn der Beurtheiler der drei ersten Bändchen dieser „Mittheilungen" in den Nummern 165 und 166 der Hallischen allgemeinen Literaturzeitung von diesem Jahr sagt, es unterliege um so weniger einigem Zweifel, daß das Werk sehr zeitgemäß sey, da fast alle deutschen Partikular-Staaten dergleichen Sammlungen besäßen und hinzufügt: „Das Unternehmen verdient nicht blos der Idee, sondern auch der Ausführung nach gebührendes Lob, da die Mittheilungen, wenigstens die des ersten und zweiten Bändchens, meistens von der Art sind, daß sie irgend eine mehr oder minder interessante Seite darbieten:" so erkennt der Herausgeber dieser Stimme vom Ausland her ein neues Zeichen nachsichtiger Theilnahme an dem Unternehmen und fühlt sich um so mehr angespornt, ihm alle seine Kräfte zuzuwenden.

**) Wenn es in Bezug auf die Mittheilungen von Rechtsfällen aus dem Gebiet des gemeinen Rechts in jener Beurtheilung heißt: „Unsere Praxis muß noch erst theoretischer und unsere Theorie praktischer werden und beide näher zu vereinigen, dazu tragen nach des Recensenten wohl begründeter Ueberzeugung gerade die, das gemeine Recht betreffenden Erkenntnisse der Darmstädtischen Gerichte, besonders des Oberappellations-Gerichts, wesentlich bei, da gerade die letztere Behörde Entscheidnngen liefert, die sich vor den Urtheilen vieler andern Gerichte durch gründliche Theorie und richtige sowohl als feste Praxis zugleich auszeichnet", so findet der Herausgeber in diesen Worten nur einen erfreulichen Beleg für das, was er in der Vorrede zum ersten Bändchen hervorhob.

Inhalts = Verzeichniß.

Seite

I. Uebersicht der partikularrechtlichen Literatur des Großherzogthums Hessen. Vom Herausgeber. (Fortsetzung.) . . . . 1 — 15

II. Darf ein Untersuchungsrichter für den Zweck der Untersuchung, z. B. zur Vermeidung von Collusionen, einen Staatsbürger, welcher als Zeuge erscheint, detiniren? Vom Herausgeber . . . 16 — 27

III. Rechtsfälle.

A. Ueber die Verjährungszeit der Injurienklage auf Abbitte, Ehrenerklärung, Widerruf. Vom Herausgeber . . . . 28 — 45

B. Unter welchen Voraussetzungen können, nach der Judenordnung vom Jahr 1718 mehr als zweijährige Zinsen bei Schuldforderungen der Juden gegen Christen eingeklagt werden? Vom Accessisten Reinhard Frank in Gießen . . . . . 45 — 55

Seite

C. Ueber den Vorrang des allgemeinen privilegirten Pfandrechts der Ehefrau vor den, von dem früheren Eigenthümer errichteten, und den wegen einer versio in rem privilegirten Pfandrechten. Vom Hofgerichtsadvokaten Hofmann II. in Gießen . . . . 56 — 66

D. Zur Interprtration der althessischen Verordnung vom 2. März 1795, insoweit sie die Verbürgungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner betrifft. — Ueber die Vermuthung für die Legalität des Richters. Vom Herausgeber . . 66 — 07

E. Ueber den Rückfall der dos profectitia nach dem Tode der Tochter an den Vater in dem Falle, wenn Kinder aus der Ehe derselben vorhanden sind, Vom Accessisten Reinhard Frank zu Gießen . . . . 98 — 108

IV. Kurzgefaßte Rechtsfragen und Rechtssätze. Vom Herausgeber.

A. Der Schlußsatz des §. 1. der provisorischen Oberappellationsgerichts-Ordnung vom 5. August 1804 ist dahin auszulegen, daß das Streitobject alsdann appellationsfähig ist, wenn streitige Zinsen für sich allein die appellabele Summe betragen und Gegenstand der Appellationsbeschwerde sind, daß jedoch die formelle Zulässigkeit der Appellation in einem solchen Fall davon, daß jene Beschwerde ausschließlich jene Zinsen zum Gegenstande habe, keineswegs abhängig ist, indem dadurch, daß die Beschwerde sich auch noch auf andere Punkte erstreckt, der

Seite
Werth des Streitobjekts in keinem Fall vermindert wird und also eine Sache, welche die appellatiansfähige Größe hat, hierdurch diese Eigenschaft nicht verlieren kann . . . . 108 — 111

B. Strafe des handwerksmäßigen Bettelns durch Uebersendung von Bettelbriefen . . . 111 — 113

C. Urkunden-Beweisantretung durch unbeglaubigte Abschriften . . . , . . . , . . 114 — 118

D. In Fällen, wo derjenige, welcher den Haupteid abzuleisten hat, sich im Ausland aufhält und aus diesem Grund um Aufnahme des Eides mittelst Requisition des dortigen Richters bittet, ist das besondere Verhältniß, vorzüglich die Größe der Entfernung des Aufenthaltsortes von dem Orte, wo das Gericht, bei welchem die Sache anhängig ist, seinen Sitz hat, zu berücksichtigen und hiernach von dem Richter zu ermessen, ob dem Antrag stattzugeben sey . . . . 118 — 126

E. Da die Großherzogliche Verordnung vom 8. März 1815 in Betreff des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde als Gegenstand derselben unzweifelhaft ein wirkliches richterliches Erkenntniß unterstellt, das nur unter Voraussetzung zweier streitender Theile, von welchen der eine die Rechtshülfe des Richteramts wider den andern in concreto reclamirt, somit nicht ohne das Daseyn eines Rechtsstreits denkbar ist, so kann auch eine, in Ermangelung dieser Voraussetzung, wenn gleich sonst in Urtheilsform erlassene und eröffnete, richterliche Verfügung als ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß und die

Seite

Anfechtung einer solchen Verfügung als an die, für den Gebrauch der Nichtigkeitsquerel vorgeschriebene Beobachtung der Appellationsfatalien gebunden, nicht betrachtet werden . . 127 — 133
F. Ueber die Beweiskraft der Depositionen in peinlichen Sachen, wenn sie nicht vor Gericht geschahen . . . . 134 — 136
G. Ueber den Begriff des Meineides . . 137 — 139
H. Ueber das Vergehen der dolosen Beschädigung oder Vernichtung fremder Sachen . . 140 — 143
J. Ueber den Begriff des Ausdrucks: „Unverläumdet" im Art. 119. der Carolina, das Verbrechen der Nothzucht betr. . . . . . . 134 — 147
K. Ueber die Bedingungen der Beweiskraft des Geständnisses in Bezug auf den Thatbestand 148 — 153
L. Die Vorschriften des römischen und kanonischen Rechts und der Reichsgesetze, nach welchen jüdische Zeugen für einen Juden und gegen einen Christen unzulässig sind, müssen auch jetzt noch Anwendung finden und zwar nicht blos zu Gunsten der Katholiken, sondern auch der Protestanten und es sind dieselben auch keineswegs durch die Verfassungsurkunde aufgehoben. Wenn daher ein jüdischer Zeuge für einen Juden und gegen einen Christen aus besonderen Gründen zugelassen werden sollte, so erscheint er doch keineswegs als völlig glaubwürdiger (testis classicus), sondern als verdächtiger Zeuge . 155 — 171
M. Ueber das beneficium novorum in der Appellations-Instanz . . . . 172 — 195

Verbesserungen.

Außer den, am Schluß des vierten Bändchens angezeigten Druckfehlern desselben, sind noch folgende Druckfehler, die es enthält, anzuzeigen.

S. 68 Z. 11 v. o. l. nach „Verwandte" noch „vertheilt"
— 69 — 9 v. u. l. Controverse st. Contreverse
— 76 — 8 v. u. l. pr. st. p.
— 87 — 10 v. o. l. leges st. legas
— 89 — 8 v. u. l. sanctorum st. sauctorum
— 117 — 20 v. o. l. Erklärung st. Erklärnng
— 120 — 9 v. u. l. Oeconomia st. Ooconomia
— 142 — 6 v. u. l. deßfallsigen st. deßfallstgen und Vertrags st. Vortrags
— 158 — 10 v. u. l. Cocceji st. Coceeji
— 165 — 1 v. u. l. Pand. st. Paud.
— 167 — 1 v. o. l. in st. eine
— 178 — 9 v. o. l. kein Akt st. keine Art

Folgende Druckfehler im gegenwärtigen fünften Bändchen sind anzuzeigen:

S. 1 Z. 2 v. u. l. Beschreibung st. Beschreibunng
— 18 — 12 v. u. l. Gesetze st. Gosetze
— 18 — 9 v. l. l. zurückgehalten st. zurckgehalten
— 19 — 9 v. u. l. Verhaftung st. Verhaftuug
— 19 — 4 v. u. l. Rechte st. Rechtc
— 21 — 3 v. u. l. Inquisitionsprozesses st. Inquistionsprozesses
— 23 — 14 v. u. l. von st. vvn
— 23 — 7 v. u. l. Vorladung st. Varladung
— 24 — 9 v. u. l. Collusionen st. Collusianen
— 31 — 1 v. o. l. öffentliche st. öffentlsche
— 35 — 3 v. u. l. praescribitur st. a raescribitur
— 37 — 2 v. u. l. actio st. astlo
— 45 — 6 v. o. fällt das Punktum in der Mitte der Jahreszahl 1718 weg
— 63 — 5 v. u. ist nach dem Wort haben ein Comma zu setzen
— 71 — 2 v. o. l. nicht st. nscht

S. 79 Z. 11 v. o. l. richtete st. richtet
— 80 — 1 v. u. l. hunc st. hanc
— 85 — 3 v. u. l. Quaest. st. Quast.
— 98 — 15 v. u. l. den st. dem
— 104 — 12 v. u. l. unterrichterliche st. nnterrichterliche
— 113 — 8 v. o. l. 1548 st. 1748
— 126 — 11 v. u. l. ultera st. altera
— 128 — 3 2. o. l. den st. der
— 136 — 4 v. o. l. Criminalverfahren st. Criminalverfahrrn
— 144 — 2 v. u. l. in st. tn
— 145 — 9 v. u. l. den st. don
— 149 — 2 v. u. l. diese st. aiese
— 159 — 12 v. u. l. Praelectiones st. Praelectrones
— 159 — 7 v. u. l. videtur st. vidteur
— 159 — 4 v. u. l. Endlich st. Eudlich
— 159 — 1 v. u. l. derselben st. derseiben.
— 160 — 12 v. u. l. colunt st. colnnt
— 160 — 13 v. o. l. testibus st. testtbus
— 160 — 12 v. o. l. indigentes st. indigentis
— 163 — 7 v. o. l. als Anmerkungszeichen 9 st. 2
— 163 — 11 v. u. l. Jndaicam st. Judaeicam
— 164 — 7 v. u. l. Consilia st. Consila
— 165 — 13 v. o. l. bestünden st. bestündeen
— 167 — 16 v. o. l. Civilprozeß st. Civilprazeß
— 172 — 7 v. o. l. der st. det
— 176 — 11 v. u. l. gemeinen st. gemcinen.
— 191 — 1 v. o. l. paribus st. partibus
— 192 — 4 v. u. l. insofern st. insoferu
— 192 — 3 v. u. l. zulässig st. zulassig

I.

Uebrrsicht der partikularechtlichen Literatur des Großherzogthums Hessen.

Vom Herausgeber.

(Fortsetzung.)

Der Herausgeber hat im dritten Bändchen (S. 183) einer Schrift erwähnt, welche Historisches über das Pfälzer Landrecht enthalte. Er behielt sich dabei stillschweigend vor, auf diese kleine Schrift zurückzukommen und findet sich gerade jetzt um so mehr veranlaßt, eine Uebersicht des Inhalts derselben zu gegeben, da Herr Prokurator von der Nahmer in Wiesbaden in der Einleitung zu seinem neulich erschienenen Handbuch des Rheinischen Partikularrechts, Band 1. S. 52 die Bemerkung hervorhob, daß er Nachrichten über die Entstehungsart des Pfälzer Landrechts vergeblich aufgesucht habe, indem er sie weder in der Rühl'schen Schrift: „Das „gemeine deutsche Privatrecht mit Hinweisung auf „die besonderen Privatrechtsquellen des Großherzogthums Hessen," noch in diesen „Mittheilungen", noch in Widders Beschreibunng der Kurpfalz gefunden habe.

Der vollständige Titel der kleinen, dem Vaterland gewidmeten („Patriae sanctum") Schrift [1]), welche in ihren Abdrücken selten geworden ist, (Ein Exemplar findet sich in der reichen Dissertationen-Sammlung der Großherzoglichen Hofbibliothek in Darmstadt) lautet:

„Specimen anecdoton juris palatini statu-
„tarii de successione ab intestato ante sta-
„tutum palatinum, ubi simul origo legum
„palatinarum inquiritur, et fata juris ci-
„vilis romani in palatinatu exponuntur.
„Singulari studio Philippi Wilh. Ludov.
„Fladii Pal. jud. matr. Consil. Heidel-
„bergae ex Typographaejo Academ. per
„Joan. Jacob. Haenet. An. MDCCXLIII."

Außerdem enthält der Titel das Motto;

Hodie non eadem est auctoritas Jurisconsultis, cum non tam, quis dicat, sed quid et qua ratione dicatur, sit ponderandum, inquit Ant. Perez in erotem. Instit. Imp. Lib. 1. Tit. 2. quae responsa prudentum?

Die Schrift enthält 20 Seiten in Quart und zerfällt in Sphen. Im §. 1 und 2 bedauert der Verfasser mit seinem Zeitgenossen Senkenberg den Verfall des Studiums und des Ansehens des guten ein-

---

1) Selchow erwähnt ihrer in seinem „Specimen Bibliothecae juris germanici provincialis ac statutarii." §. 112. Na. 11.

heimischen Rechts „Ubique enim auditur vox praeconis: Instituta! Digesta! Codex! Novellae! Germanas nostras leges germaniae ignoramus, et indigena jura palatina, si quotidianum statutum excipis, inaudita sunt somnia.“ Ein eignes Verhängniß habe über Deutschland, das so gern an seinem guten vaterländischen Recht genug gehabt und sonst so strenge seine Eigenthümlichkeit und Unabhängigkeit bewahrt habe, gewaltet, indem es dahin gebracht worden sey, das fremde Recht, ein exotisches Produkt, bei sich aufzunehmen. Kein Wunder sey es daher (§. 3.), daß vaterländische Geister, wie Schilter [2]), der einer der ersten unter denen gewesen sey, welche das vaterländische Recht zur praktischen Bedeutung zurückzuführen sich bemüht hätten, Heineccius, der Herausgeber des älteren deutschen Rechts, Riccius und Senkenberg [3]), der die be=

---

2) Vergl. Eichhorn: Einleitung in das deutsche Privatrecht, zweite Auflage. Göttingen 1825. §. 42. „Vorbereitet wurde eine neue Epoche des Studiums des deutschen Rechts durch Herrmann Conring, der zuerst die geschichtliche Entstehung des Rechtszustandes in Deutschland ausführlicher und richtiger entwickelte und durch Johann Schilter, der zuerst eine Theorie der deutschen Rechts=Institute mit dem römischen Recht verband, in welcher die sonst nur zerstreut vorkommenden Grundsätze des deutschen Rechts vollständiger und besser zusammengestellt waren.“ Schilter war geboren 1632 und starb im Jahr 1705.

3) Eichhorn a. a. O.

sonderen Rechtsgewohnheiten der Hessen wieder au das Tageslicht geführt habe, und andere den Rang des vaterländischen Rechts in Schutz genommen und es wissenschaftlich bearbeitet hätten. Im §. 4. drückt der Verfasser seine Absicht aus, zu gleichem Zweck, hinsichtlich des Pfälzer Landrechts, sein Scherflein beizutragen. Er berührt in den §. 5 und 6 kürzlich das Geschichtliche der Rheinpfalz [4]) und sucht in dem §. 7 nachzuzeigen, wie fest deren Bewohner beständig an ihren einheimischen Rechten gehalten hätten. Darum (§. 8.) hätten auch die Pfalzgrafen so sehr Sorge dafür getragen, sie zu sammeln und niederschreiben zu lassen. „Illustre exemplum praebet nobis Rupertus II. Elector, qni anno 1395 in eo fuit, ut subditis suis bonos palatinos mores, qui apud ipsos more germanico, ut de antiquissimis Tacitus testis est, *) plus valebant, quam alibi bonae leges, in forma legis et juris scripti restitutos assignet **).

*) Tacitus de moribus germ. Cap. 19. in fine.

**) In Constitutione Ruperti II. apud Tulner. Cod. dipl. Num. 188. fol. 139. lit. 9. ito: „Wann wir auch kundlichen wol mercken, daß

4) S. das zweite Bändchen S. 5.
Rühl: Das gemeine deutsche Privatrecht mit vorzüglicher Hinweisung auf die besonderen Privatrechtsquellen im Großherzogthum Hessen. Darmstadt 1824. §. 44. rc.

dem Lande und Leuthen gemeinlich großer Schad und Irrunge offerstanden ist und gleichen mercklichen offersteht vor das Kayserrecht und beschrieben Rechte in diesen Landen, als gar vergangen ist, drumb Gott zu Lob und unsern Landen und Leuthen, Rittern und Knechten in unserm Lande am Rhein zufriden, setzen Wir zum rechten Seelgeräde für uns und unser Erben, daß wir und unser Erben bestellen sollen und wollen, nach Rath der dreizehn unser Räthe vorgenand, oder des mehrerern Theils, daß die beschrieben Rechte unsern vorg. Landen am Rhein wider sollen beschrioben geben werden in Büchern, daß sie unsere Stätt und Dörffer darnach gerichten mögen, doch jeglichen Landen nach seiner Gelegenheit und guter Gewohnheit das zu bessern; und wo wir selber das nit theten oder schaffen, so sollen es doch unsere Erben zu Stund thun mit Rath der dreizehen &c. &c."

Dieses Vorhaben des Kurfürsten Ruprechts des zweiten sey (§. 9.), „primum — vestigium legis palatinae particularis. An autem et quomodo id effectum sit, quod hic Rupertus II. fieri voluit, solum ii, quorum curae demandata sunt Archipalatina Tabularia indicare possunt, caeteris enim janua est clausa [5]). Sane ante

---

5) Einer größeren Liberalität in der Eröffnung der Quel=

Ottonem Henricum, Fridericum III. et Ludovicum Lutheranum ***) nullae mihi obvenerunt scriptae palatinae leges. Imo duorum priorum constitutiones potius sunt novae ecclesiasticae ordinationes pro ratione novae ecclesiae noviter editae, quam antiquae consuetudinis palatinae in scriptum jus collectae nominandae; Ludovici autem statutum, ut primum, quod typis evulgatum; sic veteris juris palatini et publici et privati, multas in se continere partes, in plano est, ut infra videbimus.

***) Ludovicus VI. patri Friederico III. anno 1576 successit. Is non solum, quae res sunt ecclesiae, sed et, quae juris Palatini ac civilis procuravit, et primus videtur, qui praeter ecclesiasticas Ordinationes, quae pro parte in Chur-Pfaltz Lands-Ordnung evolvi possunt, etiam hinc inde sparsas sacratissimas Antecessorum Palatinorum constitutiones et antiquissimas hactenus rationali observantia validas consuetudines indigenas in unum collegit corpus et sub titulo Statuti Palatini ut jus

len, besonders, wenn es darauf ankommt, Bestrebungen, welche sich dem Partikularrechte zuwenden, entgegen zu kommen, erfreut sich unsere Zeit. Besonders hat sich die preußische Staatsregierung ausgezeichnet.

scriptum Palatinum publicavit, et edidit. Extat saltem statutum sub titulo, ut in manibus meis est: Churfürstliche Pfaltz-Lands-Ordnung mit Chur-Pfaltz Freiheit. Heydelberg, durch Johannes Spies 1582 in fol. et Churfürstlicher Pfaltz-Lands-Recht, mit Churfürstlicher Pfaltz Gnad und Freyheit, durch Johann Spies 1582. fol. [6]) Nullum antiquius mihi videre contigit exemplur; et quod id sit antiquissimum et simul coutineat collectionem veterum Palatinarum legum et consuetudinum, tam, quae privatorum jura concernunt, quam quae juris publici sunt, non obscure indicat etiam autor Justitiae causae Palatinae part. I. cap. 4. §. 4. Quin haec fugiebant scientiam Joannidis alias acurati Scriptorum palatinorum Designatoris, qui untiquissimam editionem Anni 1611. [7]) esse anno-

---

6) Vergl. Von der Nahmer: Handbuch des Rheinischen Partikularrechts. Frankfurt 1831. Band 1. Einleitung S. 49. 50.

Mittermaier: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts mit Einschluß des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Vierte Ausgabe. Landshut 1830. Abtheilung 1. §. 17. S. 65.

Eichhorn: Einleit. in das deutsche Privatrecht. Aufl. 2. S. 51.

7) Vergl. Von der Nahmer Handb. a. a. O. S. 51. Dieselbe Schrift Bändchen 2. S. 13.

tat. in Praefat. de script. pal. ad Parei hist. pal. pag. 108.

Im §. 10. erklärt der Verfasser, daß er, ehe er von diesem Pfälzer Landrecht: „quod toties quoties a successoribus Ludovici repetitum et novo firmamine roboratum [8]), hodieque adhuc in foris palatinis maximam juris partem facit," reden werde, erst die Sprache darauf führen wolle, wann und wie das römische Recht Eingang gefunden habe. Er sucht nun im folgenden §phen nachzuzei-

---

8) Zu dieser Stelle machte der Verfasser folgende Note: „Sic sub Friederico IV. Electore, Ludovici filio editum Heidelbergae typis Gotthardi Voegelein An. 1611. in fol. post Pacem Westphalicam, ut Carolus Ludovicus jura pelatinatus restauravit, sic et Statutum Palatinum restituit es typis ejus Auctoritate evulgavit anno 1657. in fol. Egidius Walther. Post haec edidit illud sub Joanne Wilhelmo anno 1700 in fol. Weinhemii Joannes Mejer, quae novissima, hactenus fuit editio; in quibusdam quidem cura Viri Pro-Cancellarii J. Georg Fleckii, cui mandatum erat negotium auctior, in aliis autem prioribus districtior reddita."
Vergl. Von der Nahmer a. a. O. S. 51. 52.
Mittermaier a. a. O.: „Für die vormals churpfälzischen Lande galt churpfälz. Landr. von 1582. 1594. 1611. Churpfalz bei Rhein ern. und verbeff. Landesordn. v. 1610, von neuem gedruckt Heidelberg 1657; churfürstl. Pfälz. ern. und verbeff. Landr. 1700. Weinheim; verbesserte und erneuerte Landesordn. Weinheim 1710."

gen, daß dieses zugleich mit der Stiftung der Universität Heidelberg durch Ruprecht den Ersten stattgefunden habe. Dagegen sey es (§. 12.) zweifelhaft, ob das römische Rechl zu gleicher Zeit in die Rechtssprechung übergegangen sey. In den §phen 13, 14 und 15 zeigt der Verfasser nach, daß das einheimische Recht bis in die letzte Hälfte des funfzehnten Jahrhunderts das fremde Recht abgewehrt habe. Dieses sey erst unter dem Churfürsten Friedrich dem Ersten, indem derselbe das Hofgericht angeordnet, eingedrungen [9]. In den folgenden §phen 16—18 fährt der Verfasser so fort: „Maximis itaque difficultatibus jus romanum in Palatinatum introductum; et licet multis forsan plane nova haec nostra sunt; tamen vera sunt. Nec mirandum, cur tam tarde imo serius leges Romanorum fuissent introductae et sub Philippo Electore Palatino, Friderici I. successore, tam firmi et alti adhuc stetissent palatini mores, ut ipse de viridi consuetudinum abservantia testetur, et his novum tantum addidisset specimen juris civilis Justinianoi."

„Ne autem moremur diutius, en! habes exemplum, in quo diserte is Elector adhuc Anno 1484. ad consuetudines Palatinas provocat, quod simul tamen exemplum est novi introducti juris civilis. Haec vetus constitutio

---

9) Vergl. Mittermaier a. a. O. §. 14.

Philippi est ἀνέκδοτος, quia forte in manus nostras incidit exemplar, ne hac defraudemus veros juris amatores, totam hic adscribimus.

Von Gots Gnaden Phillips Pfaltzgrave by Rine, Ertzdruchseß vnd Kurfurste.

Lieben getruwen uß zittigen trefflichem Radt auch rechten und natürlichen Ursachen in gemeyne Rechten gegründt, vnß bewegen, und angesehen, wie es by andern anstossen unssern Lande vnd gebidt an vil ortten gehalten wirt mit erbrechten züschen kinden und kyndes kindern; So haben wir unsern Landen und Lüden zu gut manigfaltig Irrung so bißher deshalp gewest ist zuvorkomen mit zittigen Radt und unsser selbest besten verstentniß auch mit radt vnser trefflichen Redt zu vnsser Pfaltz gehörícht gelert und leyen geistlichen und weltlichen Redten Ein ordnung hinfüre an vnseren Hoffgericht auch wo man ordentlich oder willkürlich in vnsern Landen vnd gebietten übber Erbe und Eichen rechtlich spricht und erkent zu halten und fürgenomen, wollen auch daß soliche under dem adell burgerschafft und Landtfolck stedt und fest als daß Landtrecht gehalten und gellessen werdde, daß nun hinfür zu Sant Jacobs Dag nest kompt an zufahen in der schlechten abschigenden lynien an Vätterlichem und Mütterlichem Erb die Elichen kyndkinder an irer Vatter oder Mutter stat ob dieselbigen todß verscheyden weren, Ires Vatter

oder Mutter verlost (nit) entgelten, noch zwey-
fach gestrafft werden, sunder mit den Elichen
kinder Irer Vatter oder Mutter geschwester, den
daß anherlich und anfrewlich Erb, glich erben
sollen, Inmassen alß vil alß Ir Vatter oder
Mutter Erbte ob sie noch im Leben weren. Der-
gleich sollen broder oder schwester Kinder an stat
irs Vatter oder Mutter, so die abgangen weren
mit derselben Ires Vatter oder Mutter broder
oder schwester auch zugelaßen werden Iren Vat-
ter oder Mutter geschwisterdt zu erben, So vil
derselben kyndt Vatter oder Mutter, so sie in le-
ben weren erbte; Es were dan daß in dessen bei-
den püncten testament und lesten willen oder ander
rechtlich vrsach daß verhinderten, darin solt ge-
schen, waß rechte were, waß abber bißher Erbe
gefallen weren odder in mittler zyt vor Sant Ja-
cobstag obgemelten gefallen würden, die sollen
in dieser ordnung nit begriffen sin, sunder damit
an jedem gerecht und ort gehalten werden von da-
selbst herkommen, gewonheit und zurecht gewessen
ist, wo abber daß herkommen und Gewonheit nit
kontlich und offentlich were, do sol es nach dem
gemeinen rechten und dieser ordnung gehalten
merden ungeverlichen. Sonst in andern Erbefäl-
len nit stracks von iren anen noch Vatter und
Mutter oder derselben geschwisterden herruren,
so sol der nest Erbe von recht und herkommen ist,
Erben angeverlichen. Solches allen jglichen Rich-

tern, gerechten, und gemeinden in Stedten und off dem Lande uwers ampts allenthalpb zu urkunden vnd gebietten solchis also anzunemen off zu zeychen hinfür Ewiglich zu halten und zu Recht zu Wißen auch nimer nien abgeen zu lassen. Deran thunt Ihr Vnser Ernstlich menung. Datum Heydelberg off dinstag nach Phingstag Anno Dni. m. 4. lxxxiiii.

Exemplum et specimen hic habes juris palatini ante statutum palatinum. Constitutio enim haec est Electoris Philippi de anno 1484. Statutum autem nostrum hodiernum demum post centum annos collectum et ut lex aut jus scriptum Palatinum publicatum fuit, (§. 9.) praeter jus civile etiam, quod de successione continet, non minima inde Electoris tanquam supremi domini territorii jam seculo XV. plena statuendi potestas elucet. Unde paulatim statutum ortum."

Im §. 19. durchgeht der Verfasser die Literatur des Pfälzer Landrechts. Böckelmann, Professor zu Heidelberg, unter dem Churfürsten Carl Ludwig, habe im Jahr 1667 herausgegeben: „Quatuor disputationes ad statutum palatinum", eine Schrift, von welcher nur noch einige Abdrücke existirten. Die erste und zweite Disputation handle vom Prozeß und beziehe sich auf den ersten Theil des Landrechts, die Untergerichtsordnung und Hofgerichtsordnung. Die dritte Disputation betreffe das Eherecht-

liche und beschäftige sich so mit dem Theil des Landrechts, der in der Ehegerichtsordnung bestehe, während die vierte sich auf den zweiten bis vierten Theil desselben, der von Contracten, Testamenten und der Erbfolge ab intestato handle, beziehe. Glöckner, gleichfalls Professor in Heidelberg, und Nachfolger Böckelmanns, habe im Jahr 1671 herausgegeben: „Juris communis et electoralis palatini circa criminalia Differentias", eine Schrift, welche sich auf den fünften Theil des Landrechts, vom peinlichen Recht handelnd, beziehe [10]. Weit werthvoller sey das Werk von Textor, früher Professor des Rechts in Heidelberg, dann Beisitzer des obersten Gerichtshofs der Rheinpfalz und zuletzt Syndikus der Reichsstadt Frankfurt: „Decisiones electorales palatinae Francofurti 1693" [11]. („Utiliora sunt et

---

10) Von beiden Rechtslehrern sagt der Verfasser: „Quicquid — Boeckelmannus — scripsit et post eum Gloecknerus absolvit, utriusque labor potius juris Romani collatio quam juris Palatini explicatio est, et tanti non sunt, quanti obnimiam raritatem aestimantur; si enim paucissima, quae addunt, praejudicia, quippe quae magnum in judiciis solent habere vim, eliminas, caetera sunt vulgaria etiam Dupondiis nota et in omnibus veterum Jurisconsultorum immensis voluminibus invenienda."

11) Selchow: Spec. Bibl. Juris german. §. 112. Nota 11. Diese Schrift Bändch. 2 S. 20 Note 5, Bändchen 3 S. 191 192, Bändch. 4 S. 109 Note 9.

copiosiora, quas ad jus Palatinum edidit Textor Jurisconsultus celeberrimus, Decisiones nempe Palatinae, ubique rationibus hic inde discussis additis.") Manches zur Cultivirung des Pfälzer Rechts habe Hertling beigetragen durch seine Schriften:

1) Assertiones juridicae Romano-Palatinae de successionibus ab intestato. Heidelb. 1710.

2) Collectiones juris romani et palatini de donationibus tam inter vivos, quam mortis causa. Heidelb. 1712.

3) Jurisprudentia, practice discussa, per casus selectos in supremis palatinatus tribunalibus hactenus ventilatos et subinde ex jure, tum romano, tum palatino decisas. Heidelb. 1732 in fol. Alef, Professor des Rechts in Heidelberg, habe sich in seiner Schrift: „Pignus praetorium romanum, ex fonte juris romani deductum et ad praxin palatinam applicatum," auch mit diesem Partikularrecht beschäftigt [12]. Das-

---

12) Der Verfasser irrt sich in der Angabe des Autors dieser Schrift (Dissertation), wie sich aus dem vollständigen Titel derselben ergiebt: „Pignus praetorum, ex fonte juris romani deductum et ad praxin palatinam applicatum, quod publicae disputationi praeside Francisco Alef ICto Serenissimi Electoris Palatini Regiminis Consiliario, Bibliothecario-Aulico, Juris civilis Professore Ordinario et Facultatis Juridicae h. t. Decano Ferdinandus Josephus Wreden, Hei-

selbe sey der Fall bei Wreden in seiner Schrift: Gemma juris juris palatini, seu quae est: Tractatio exegetica über den sogenannten Zentvertrag de anno 1560. Heidelberg 1740 fol.

In den folgenden §phen hebt der Verfasser die Bedeutung des Pfälzer Landrechts, dem römischen Recht gegenüber, besonders insofern hervor, als das erste Zeuge und Bewahrer der vaterländischen Rechtsinstitute und des Gewohnheitsrechts sey. Im §. 24 und 25 spricht er insbesondere von den deutschen Instituten der Gütergemeinschaft und des jus devolutionis und deren Spuren in dem Pfälzer Landrecht.

---

delbergensis, author anno 1739 ad diem... Februarii in aula majore exponit. Heidelbergae.

II.

Darf ein Untersuchungsrichter für den Zweck der Untersuchung, z. B. zur Vermeidung von Collusionen, einen Staatsbürger, welcher als Zeuge erscheint, detiniren?

Vom Herausgeber.

Die Veranlassung zur Erörterung dieser Frage gab ein Rechtsfall.

Das Landgericht N. N. hatte in einer Untersuchungssache gegen J. S. zu S. und Complicen wegen Brandstiftung verfügt, daß ein Zeuge P. K. zu A. zur Vermeidung von Collusionen in Haft gehalten werden solle. Aus dieser Haft, welche vom 1. bis 17. Juli 1826 dauerte, entlassen, wendete er sich einige Zeit darauf, nachdem von Großherzoglichen Hofgericht in Darmstadt das Urtheil erlassen worden war, an diesen Gerichtshof mit dem Gesuch um Entschädigung wegen des, durch diese Detention dem Staat gebrachten, Opfers. Das Gericht sah sich aber aus dem Grund, weil kein Gesetz diese Ansprüche begründe, genöthigt, das Gesuch abzuweisen.

Die Frage, ob für diese Entschädigungs-Verbindlichkeit kein Gesetz spricht, verdient eine besondere Er-

örterung, der sie vorbehalten bleibt. Der Gegenstand dieser Zeilen soll die höher stehende Frage seyn, ob die Untersuchungs-Gerichte des Großherzogthums befugt seyen, einen, als Zeuge erscheinenden, Staatsbürger für den Zweck der Untersuchung, namentlich zur Vermeidung von Collusionen, zu detiniren? Ihr Zweck soll zunächst der seyn, die Frage anzuregen und, wenn sie wirklich in das Gebiet des Zweifels gehören sollte, eine Erörterung zu veranlassen.

Der oberste positive Grundsatz zur Entscheidung der Frage findet sich ohne Zweifel in der Verfassungs-Urkunde des Großherzogthums ausgesprochen und zwar in dem Art. 33. Satz 1.

„Kein Hesse darf anders als in den, durch das „Recht und die Gesetze bestimmten, Fällen und „Formen verhaftet oder bestraft werden."

Dieser Artikel unsers Staatsgrundgesetzes, welcher von Großherzoglichen Hofgericht in Darmstadt im J. 1821 durch ein Ausschreiben an sämmtliche Untergerichte denselben zur genauen Beobachtung anempfohlen wurde, verbürgt jedem Staatsbürger die rechtlich möglichste persönliche Freiheit und Sicherheit. Nach dem Geist und der Fassung dieses Satzes des Art. 33, verbunden mit dem Inhalte des zweiten Satzes:

„Keiner darf länger als 48 Stunden über den Grund seiner Verhaftung in Ungewißheit gelassen werden und dem ordentlichen Richter soll,

wenn die Verhaftung von einer andern Behörde geschehen ist, in möglichst kurzer Frist von der Verhaftung die erforderliche Nachricht gegeben werden" [1]);

so wie des Artikels 84:

---

1) Mit Recht hat man diese Bestimmungen für ungenügend gefunden, indem sie die Erreichung des beabsichtigten Zwecks, gegen widerrechtliche und willkührliche Verhaftungen hinsichtlich ihrer Entstehung und Dauer Sicherheit zu gewähren nicht verbürgt.

S. das erste Bändchen S. 41 Note 5.

Hitzig: Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege. Band 9. Berlin 1831.

„Einiges über die Gerichtsverfassung und das Ver-„fahren in Strafsachen im Großherzogthum Hes-„sen 2c. S. 290."

Befriedigender ist die Kurhessische Verfassungs-Urkunde vom 5. Januar 1831, welche im §. 115 bestimmt:

„Niemand kann anders, als in den, durch die Gesetze bestimmten Fällen und Formen zur gerichtlichen Untersuchung gezogen, zu gefänglicher Haft gebracht, darin zurckgehalten oder gestraft werden; Jeder Verhaftete muß, wo möglich, sofort, jedenfalls binnen der nächsten 48 Stunden, von der Ursache seiner Verhaftung in Kenntniß gesetzt und durch einen Gerichtsbeamten verhört werden. Geschah die Verhaftung nicht von der, zum weiteren Verfahren zuständigen, Gerichtsbehörde, so soll der Verhaftete ohne Verzug an diese abgeliefert werden."

„Während der Dauer des Landtags sind die Personen, welche zu der Ständeversammlung gehören, keiner Art von Arrest, als mit Einwilligung der Kammer, zu welcher sie gehören, unterworfen, den Fall der Ergreifung auf frischer That bei strafbaren Handlungen ausgenommen, in welchem Fall aber alsbald der Kammer, zu welcher der Verhaftete gehört, die Anzeige des Vorfalls, mit Entwickelung der Gründe, gemacht werden soll."

ist das Subjekt, welches ausnahmsweise durch Verhaftung der persönlichen Freiheit beraubt werden kann, blos der Staatsbürger, welcher als Angeschuldigter erscheint. Jeder andere, also auch der, welcher bloß Kunde geben kann, als bloßer Zeuge erscheint, ist dieser Gefahr durch das Gesetz entzogen [2]).

Sollte aber auch der Satz sich rechtfertigen lassen, die Verfassungsurkunde rede nicht blos von der Verhaftung des Angeschuldigten, sondern überhaupt von jeder Verhaftuug, so darf dieser doch nur in den, durch das „Recht und die Gesetze" bestimmten

2) Jordan: Versuche über allgemeines Staatsrecht. Marburg 1828 S. 414. „Die Sicherheit der Person besteht in dem Recht auf gesetzlichen Schutz der, in der Freiheit der Person enthaltenen, Rechte, weshalb keinem Unterthanen ein solches Recht anders geschmälert oder gar entzogen werden darf, als in Folge eigner Verschuldung."

Fällen, stattfinden [3]). Es fragt sich daher weiter:

3) Art. 23. der Verfassungsurkunde:

„Die Freiheit der Person nnd des Eigenthums ist in dem Großherzogthum keiner Beschränkung unterworfen, als welche Recht und Gesetz bestimmen."

Wenn der Verfasser der Schrift: Historisch-kritische Darstellung der Verhandlungen der Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen im Jahr 1820 und 1821, mit besonderer Beziehung auf die Verfassungs-Urkunde des Großherzogihums und vorzüglicher Berücksichtigung der Gegenstände von allgemeinem Interesse. Von J. P. Floret. Gießen 1822, indem er S. 20 sagt: „Der Art. 33. ist der Sicherung der persönlichen Freiheit der Staatsbürger gewidmet. Der Grundsatz, welchen er ausspricht, bestimmt im Allgemeinen, daß Verhaftungen und Bestrafungen nicht nach Willkühr, sondern nur in Gemäßheit bestimmt vorliegender Gesetze, in den Formen, welche diese vorschreiben, Statt finden können. Dieser Grundsatz ist von der einflußreichsten Wichtigkeit. Er erhebt den Staatsbürger zu dem Standpunkte, der ihm gebührt; indem er ihn nur dem Ausspruche des Gesetzes, nicht dem des Richters, unterwirft, der nur als Vollstrecker des Gesetzes innerhalb der Formen und der Grenzen handeln darf, welche ihm durch dasselbe vorgeschrieben sind und der folglich Verhaftungen und Bestrafungen nicht nach eignem Gutdünken, sondern nur da verfügen kann, wo ein bestimmtes Gesetz ihn dazu berechtigt. In keinem Punkt der Staatsverwaltung ist die Gesetzgebung des Großherzogthums und, man darf sagen, die der meisten deutschen Bundesstaaten mangelhafter als

Ist die Verhaftung einer Urkunds-Person ein Fall, den das Recht und die Gesetze zulassen?

Das gemeine Recht und der gemeine Gerichtsgebrauch, obgleich dieser es mit den Verhaftungen nicht so genau nahm, seitdem der Inquisitions-Prozeß sich ausbildete und die bürgerliche Freiheit gering geachtet wurde [4]), spricht dieses nirgends aus. Diese

---

in diesem. Indem sie dem Arbiträren einen ungemessenen Spielraum, wo nicht gestattet, doch durch den Mangel erschöpfender Bestimmungen eröffnet, übergibt sie durch diese ihre Negativität die Achtung der heiligen Rechte des Staatsbürgers dem Zufall, der individuellen Beurtheilung der Richter" die Bemerkung anknüpft, daß „so weit unsere Erfahrung reicht, sich mit Bestimmtheit behaupten läßt, daß in dieser Beziehung die Praxis besser sey, als die Legislation," so zeigt die Erfahrung des gegenwärtigrn Falls das Gegentheil und einen Ausnahmsfall von dem, was der Verfasser S. 115 sagt: „Die Freiheit der Person und des Eigenthums, deren der Art. 23. erwähnt, war nach dem bisherigen Rechtszustand stets geachtet. Willkührliche Attentate gegen die Freiheit der Person — waren in dem Großherzogthum nicht gekannte Erscheinungen."

4) Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Partikulargesetzbücher ꝛc. Heidelberg 1827. Abth. 1. S. 255. „In dem deutschen Strafprozeß ist erst durch Ausbildung des Inquisttionsprozesses die Anwendung der Verhaftung ausgedehnt worden, vorzüglich, je mehr die bürgerliche Freiheit gering geachtet — wurde."

Rechtsquellen beschränken sich darauf, zu bestimmen, daß für den Zweck des peinlichen Verfahrens der Richter lediglich die Person des Angeschuldigten (die gesetzlichen Gründe dazu vorausgesetzt) einer Freiheitsbeschränkung unterwerfen könne [5]), namentlich dann, wenn Collusionen vermieden werden sollen [6]).

---

5) Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Auflage 2. Band 3. §. 695.
Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 524.
Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren ꝛc. Abtheil. 1. S. 255. 250.

6) Peinl. Ger. Ordn. Karls V. Art. 11.
Tittmann: Handbuch §. 701.
Grolman: Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 485.
Auch findet sich bei keinem Rechtslehrer die Behauptung, daß ein Zeuge wegen Collusion verhaftet werden könne. Sie beschränken sich alle darauf, zu lehren, daß nur der Angeschuldigte sich diesem Uebel unterwerfen müsse. Zwar sagt Martin: Lehrbuch des Criminalprozesses §. 109, indem er lehrt, daß der Richter zur Vermeidung der Collusion einen Arrest dürfe eintreten lassen, in der Note zu dieser Stelle: „Dieser (Arrest) würde selbst in Ansehung der Zeugen bisweilen zu rechtfertigen seyn.“ Allein diese Worte sind nicht dahin zu verstehen, als ob Martin lehren wolle, der Richter dürfe einen Zeugen detiniren, um so Collusionen zu vermeiden. (Es wäre möglich, daß das Landgericht N. N. die Worte fälschlich so verstanden und so auf die Auctorität eines angesehenen Criminalisten hin gehandelt hätte, was denn die eigene Er-

Auch die Partikulargesetzgebung des Großherzogthums schreibt nirgends vor oder deutet nur darauf

---

scheinung darbieten würde, daß ein, dem konstitutionellen System von Anfang an so ergebener Mann, wie Martin, auf die unschuldigste Weise Veranlassung gewesen wäre, daß ein heiliges verfassungsmäßiges Recht beeinträchtigt worden wäre), sondern dahin, daß der Angeschuldigte detinirt werden könne, damit er verhindert werde, mit den Zeugen zu colludiren, wie schon daraus hervorgeht, daß Martin sich auf den §. 1929 von Stübels Criminalverfahren bezieht. Denn Stübel sagt im §. 1707: „Die Detention, in welcher eine Sicherheit besteht, kann nicht nur Sachen des Verpflichteten, sondern auch dessen Person selbst zum Gegenstand haben. Darauf gründet sich die Criminal-Caution durch die Verhaftung und den persönlichen Arrest des Inculpaten. Es ist diese Art der Haft als ein Mittel, der Person eines Inculpaten während des Criminalverfahrens sich zu versichern, von derjenigen, durch welche der Inquirent Collusionen des Inculpaten mit den Mitschuldigen und andern Personen zu verhüten sucht, oder welche wegen gefährlicher Drohungen als ein cautio de non defendendo nöthig wird, oder die man dem Inculpaten zur Strafe auferlegt, wohl zu unterscheiden," so wie im §. 1928: „Außer der Varladung eines Inculpaten hat der Inquirent, welcher dessen Vernehmung nöthig findet, vor allen Dingen noch darauf zu denken, daß er demselben alle Gelegenheit, die Wahrheit zurückzuhalten und Täuschungen wahrscheinlich zu machen, abschneide und die Glaubwürdigkeit der Aussagen im voraus begründe. Oft werden In-

hin, daß ein Zeuge der Detention unterworfen sey [7]). Im Gegentheil rechtfertigt der Geist der Gesetzgebung des Großherzogthums die entgegengesetzte Annahme. Der oberste Grundsatz des Gesetzes vom

---

culpaten durch die Communikation mit andern Personen und deren Erzählungen zu Erdichtungen verleitet, auf die sie selbst nicht gefallen seyn würden und, solchen den Schein der Wahrheit zu geben, erst in den Stand gesetzt. Sie können auf diese Weise unter andern eine Harmonie ihrer Aussagen mit den Aussagen anderer Personen und mit Nebenumständen bewirken, durch welche die Glaubwürdigkeit einer jeden Behauptung vorzüglich erhöht wird. Diese Eingebungen und Einverständnisse mit andern Personen über die zu erstattenden Aussagen nennt man Collusionen. Es ist offenbar, daß durch dieselben die Entscheidungen der Criminalsachen sehr erschwert werden" und fährt im folgenden §. 1929 so fort: „Auf die Verhinderung solcher Collusionen zweckt 1) schon die vorgeschriebene Beschleunigung der ersten Vernehmung ab. Es liegt darin 2) der Grund, warum die Inculpaten nicht in Gegenwart der Mitschuldigen und Zeugen vernommen werden sollen. Am sichersten wird 3) Collusianen durch den Arrest des Inculpaten vorgebeugt. Es ist aber die letztere Maasregel nur in wichtigen und solchen Fällen erlaubt, wo Mitschuldige oder verdächtige Zeugen concurriren, welche dergleichen Collusionen wahrscheinlich befürchten lassen."

7) Vergl. die neueste Auflage der peinlichen Gerichtsordnung v. J. 1726 mit Supplementen. Darmst. 1830. S. 357 rc.

27. Mai 1821 ist der, daß kein Staatsbürger zu einem Opfer für das Beste des Staats verbunden sey [8]). Die Gesetzgebung schreibt in besonderer Beziehung auf die Zeugenschaft der Staatsbürger vor, daß dem, in einer Untersuchungssache (so wie in einem Civilprozeß) vernommenen Zeugen aller Schaden ersetzt werden solle, der ihm dadurch entstand, daß er genöthigt war, zu diesem Zweck zu erscheinen, indem sie verordnet, daß er für seinen Zeitverlust und die, ihm entstandnen, Zehrungskosten entschädigt werden solle. Sie huldigt also dem Grundsatz, daß ein Staatsbürger, welcher zufällig in der Lage ist, als Urkundsperson erscheinen zu müssen, aus dem Grund, weil er diese ist, zu keinem Opfer verbunden seyn solle. Wie klein ist aber das Opfer von einigen Stunden und Gulden gegen das Opfer des Guts der persönlichen Freiheit und Sicherheit, dessen Genuß jedem Einzelnen durch den Staatszweck verbürgt ist und welches als das höchste Gut angesehen wird [9]).

8) Dieses, zur Vollziehung des Art. 27 der Verfassungs-Urkunde:

„Das Eigenthum kann für öffentliche Zwecke nur gegen vorgängige Entschädigung, nach dem Gesetz, in Anspruch genommen werden,"

erlassene Gesetz bestimmt im Art. 1.

„Niemand kann gezwungen werden, sein Eigenthum für öffentliche Zwecke abzutreten, als nach förmlicher Entscheidung der Regierungsbehörde und gegen vollständige Entschädigung."

9) Von Aretin sagt im zweiten Band seines Staats-

Aber eben darum läßt sich nichts weniger rechtfertigen, als der Satz, daß der Staat dem Richter, dem er die Ausübung eines Theils der Staatsgewalt anvertraut, ermächtige, für den Staatszweck den Einzelnen des Genusses des Rechts zu berauben, welches er ihm verbürgt und darum zu schützen hat.[10]) Es

---

rechts der konstitutionellen Monarchie. Altenburg 1827 S. 10: „Die persönliche Sicherheit ist das erste Bedürfniß eines gebildeten und gewerbfleißigen Volks. Der hohe Werth, den jedes solches Volk darauf legt, offenbart sich nicht bloß in der Theilnahme, die es den Schlachtopfern der Willkür widmet, sondern auch in der Vorliebe, die es für das Institut der Geschwornengerichte, für die Preßfreiheit und für die verfassungsmäßige Verantwortlichkeit der Minister gefaßt hat, indem es hauptsächlich diese Einrichtungen als die stärksten Schutzwehren gegen alle Willkühr betrachtet" und im gleichen Sinne sprach sich der Freiherr von Gagern in dem, von ihm bei dem ersten Landtag im Jahr 1820 gestellten Antrag: die Staatsregierung um einen Gesetzesentwurf über Sicherheit und Freiheit der Personen zu ersuchen, aus: „Nirgends ist den Unterthanen mehr an Gesetzlichkeit gelegen, als in den Beziehungen seiner Sicherheit und Freiheit,"

S. Verhandlungen in der zweiten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen im Jahc 1820. Band 2. Darmstadt 1820. Beilage 44. zum sechsten Heft,

indem er in dem, von ihm erstatteten Vortrag über diese Motion heraushob, daß es besonders auf Schutz gegen willkührliche Verhaftung ankomme.

10) Daher die Verpönungen der Attentate gegen die per-

kann da kein Staatszweck sich geltend machen, wo der Staat, indem er ihn geltend machte, sein oberstes Lebensprinzip verläugnen würde [11]). Im Gegentheil ist es ein nothwendiger Schluß, daß das Gemeinwesen, das durch seine Gesetzgebung ausgesprochen hat, daß es fern davon sey, von einem seiner Glieder ein kleines pecuniäres Opfer zu verlangen, damit auch ausgesprochen hat, daß es noch weit mehr davon entfernt sey, das größte Opfer zu verlangen, für welches keine Schadloshaltung möglich ist [12]).

---

sönliche Freiheit. Vergl. insbesondere das baierische Strafgesetzbuch Art. 192. 371.

11) Jordan a. a. O. S. 68: „Die Freiheit und Sicherheit der Person und des Eigenthums, durch welche ein jeder zum völlig freien und unabhängigen Herrn innerhalb ihrer Grenzen und so in den Stand gesetzt wird, seine erhabene Selbstbestimmung ungestört verfolgen zu können, ist eben das große Resultat des Staates, der reiche Gewinn, den Jeder aus seiner Abhängigkeit zieht, welche, da, bei der Beschränkung der Zeit- und Raumwelt, unsere Abhängigkeit völlig unvermeidlich ist, im Vergleiche zu der Abhängigkeit im wirklichen Naturstande, noch überdieß selbst als ein wahrer Gewinn erscheint; sie ist der Zweck, um dessenwillen sich der Einzelne in den Staat begeben soll und muß, weil nur dieser denselben erreichbar macht, um dessen willen dieser auch zuletzt allein nothwendig ist."

12) Darüber sind die Rechtslehrer einig, daß der Staat dann, wenn es einen Staatszweck gilt, da ein Opfer verlangen kann, wo er in den Stand gesetzt ist, ent-

III.

Rechtsfälle.

A.

Ueber die Verjährungszeit der Injurienklage auf Abbitte, Ehrenerklärung, Widerruf.

Vom Herausgeber.

---

§. 1.

Erste Instanz.

Im Januar 1824 stellte der Knopfmacher G. in Darmstadt bei dem Stadtgericht daselbst gegen den Schneidermeister G. daselbst, von welchem er in einer Zuschrift vom Monat November 1822 injuriirt

---

schädigen zu können. Aber eben, weil das Dahingeben einer Entschädigung versöhnt, kann er kein Gut in Anspruch nehmen, welches nicht ersetzt werden kann, weil es sich auf keine Taxe reduciren läßt.

„Libertas inaestimabilis res est"

heißt es in der

L. 106. Dig. de reg. jur. (50. 17.)

und

„Infinita aestimatio est libertatis"

in der

L. 176. §. 1. eod.

worden sey, eine Klage auf Abbitte und Ehrenerklärung an. Der Beklagte schützte die Einrede der Retorsion vor. Nach geschehener Verhandlung bis zum Schluß erkannte Großherzogl. Stadtgericht unterm 24. Januar 1824, in Erwägung, daß jener Brief allerdings beleidigende Ausdrücke gegen den Kläger enthalte und so dessen Klage gegründet erscheine, so lange Beklagter nicht die behaupteten gegenseitigen Beleidigungen bewiesen haben werde, dahin, daß dieser schuldig sey, dem Kläger wegen der, demselben zugefügten Beleidigungen vor Gericht Abbitte zu thun, er beweise denn, daß dieser sich gegen ihn der behaupteten Schimpfworte bedient habe.

§. 2.

Zweite Instanz.

Gegen diesen Bescheid ergriff der Beklagte das Rechtsmittel der Berufung an Großherzogl. Hofgericht in Darmstadt, um reformirende Entscheidung dahin bittend, daß Kläger mit der, gegen ihn erhobenen Klage abzuweisen sey. Denn da diese erst im Monat Januar 1824 angestellt worden sey, während jenes Schreiben vom Jahr 1822 herrühre, Injurienklagen aber nur ein Jahr lang gegeben seyen, so sey das, von dem Kläger in Anspruch genommene Recht durch Verjährung erloschen.

Nach geschehener Einforderung und Einsendung der Untergerichtsacten erkannte Großherzogl. Hofgericht unterm 7. August 1824 volle Prozesse und theilte den Appellationslibell dem Kläger zur Erklärung mit, die

dieser dahin abgab, es liege kein Gesetz vor, welches die Privatinjurienklage, insofern sie auf Abbitte und Ehrenerklärung gerichtet sey, an die Verjährungsfrist von einem Jahr binde.

In der Replik und Duplik suchten beide Theile die, ihrem Interesse entsprechende Theorie geltend zu machen.

Hierauf erkannte Großherzogl. Hofgericht unterm 27. August 1825 dahin, daß die, vom Beklagten und Appellanten in der Appellations-Instanz vorgebrachte Einrede der Verjährung zu verwerfen und das unterrichterliche Erkenntniß vom 24. Januar v. J. lediglich zu bestätigen sey.

Der Relationsverfasser, dessen Ansicht das Gericht theilte, schickte im Eingang seines Gutachtens die Bemerkung voraus, es komme auf die Beantwortung der Frage an, ob die, auf Abbitte und Ehrenerklärung gerichtete Klage durch die (erst in der Appellations-Instanz) vorgeschützte Einrede der Verjährung elidirt sey und sey so eine Entscheidung der so bekannten Rechtsfrage, in welchem Zeitpunkt eine solche Klage verjähre, erforderlich. Zur Erörterung derselben und Entwickelung seiner Ansicht übergehend, sagt er im Verlauf des Gutachtens, an welches sich der Antrag auf Verwerfung der vorgeschützten Einrede der Verjährung und so auf Bestätigung des untergerichtlichen Bescheids knüpft: „Bekanntlich gestattet das römische Recht dem Injuriirten eine Privatklage und, jedoch nur electiv mit dieser concur-

rirend, eine Klage auf öffentliche Strafe. Die Privatklage ist entweder die actio injuriarum aestimatoria, welche durch das prätorische Edict für Verbalinjurien, oder die actio ex lege Cornelia, welche durch das Civilrecht für Realinjurien und Pasquille eingeführt war und ursprünglich auf öffentliche Strafe gieng, später aber durch den Gerichtsgebrauch für dieselben Zwecke, wie die actio injur. aestim. zugelassen wurde. Weitere Klagen sind dem römischen Recht nicht bekannt und die Theorie dieses Rechtssystems über die Ehrverletzungen hat sich auch im Allgemeinen bis auf die neueste Zeit in Deutschland erhalten."

Grolman Criminalrechtswissenschaft §. 524.

„Nur hat der, jetzt bestätigte Gerichtsgebrauch neben den reinöffentlichen Strafen noch, cumulativ concurrirend, die Strafe der Abbitte, Ehrenerklärung und des Widerrufs eingeführt, deren Ursprung man wohl am wahrscheinlichsten mit

J. H. Boehmer: Jus eccles. protest. V. 20.

von der Kirche ableitet. Denn das kanonische Recht verpflichtete die schmähenden Geistlichen zur Abbitte und kirchlichen Pönitenz, oft aber auch dazu, in der Kirche mit brennenden Fackeln den Widerruf zu bewirken. Dieser Gebrauch theilte sich nun den weltlichen Gerichten bald mit und wurde später durch Reichs- und Landesgesetze bestätigt."

„Ob nun diese, dem römischen Recht ganz unbekannten Strafen der Abbitte, Ehrenerklärung und des

Widerrufs zu den Privat- oder öffentlichen Strafen zu zählen seyen, darüber sind die Ansichten der neuern Rechtslehrer verschieden. Einige, wie

Weber: Von Injurien und Schmähschriften. Abtheil. 2. S. 11 ꝛc.

und

Tittmann: Handbuch der Strafrechtswissenschaft. §. 411.

wollen sie, als reine Privatsatisfaktion bezweckend, angesehen wissen, während andere, wie

Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 292. 293.

und

Grolman a. a. O. §. 227.

sie als relativ öffentliche Strafen betrachten, d. h. als Strafen, welche zwar zunächst nur eine Genugthuung für den Beleidigten bezweckten, allein durch die, darin enthaltene Demüthigung des Beleidigers auch Mittel für den Zweck öffentlicher Strafen seyen."

„Die Frage nach der Natur dieser Strafen ist für die Bestimmung der Verjährungszeit der, auf sie gerichteten Klagen von großem Einfluß und muß m. E. dahin entschieden werden, daß sie eine reine Privatsatisfaktion enthalten [1]). Denn es spricht kein Grund

---

1) Vergl. Wächter Lehrb. d. Crim. R. „In welcher Zeit die s. g. relativ-öffentlichen Strafen der Injurien verjähren, ist sehr bestritten. Am einfachsten erledigt sich die Frage, wenn man, was wohl das Richtigere ist, diese Strafe für eine Privatstrafe hält."

dafür, warum man daraus, daß diese Strafen auch als Mittel für den Zweck öffentlicher Strafen erscheinen, hier etwas besonderes ableiten sollte, da nur nach der nächsten Richtung der Strafe sich deren Natur bestimmt. — —"

„Daß alle diese bisher erwähnten Klagen der Verjährung unterworfen seyen, kann keinem Anstand unterliegen. Nur die Frage ist sehr bestritten, in welchem Zeitraum sie verjähren?"

„Nach einigen und besonders nach

Weber a. a. O. S. 141.

und

Tittmann a. a. O. Aufl. 1. Bd. 4. §. 883.

verjähren in Gefolge der Vorschrift der

L. 5. Cod. de injur. (9. 35.) [2])

alle Injurienklagen unbedingt in einem Jahr."

Nach andern, namentlich

Grolman a. a. O. §. 523.

und

Thibaut Pandektensystem §. 1037.

ist diese Ansicht aus dieser Gesetzesstelle durchaus nicht zu begründen und verordnet diese Const. nur für die

---

2) „Si non convicii consilio te aliquid injuriosum dixisse probare potes, fides veri a calumnia te defendit. Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus, homicidii convicium objecisti et ex eo die annus excessit, cum injuriarum actio annuo tempore praescripta sit, ob injuriae admissum conveniri non potes."

prätorische Injurienklage, die actio injur. aestim. die kurze Verjährungsfrist von einem Jahr."

„Diese letztere Ansicht [3]) ist m. E. die richtigere und ich trete der gewöhnlichen Theorie von den In=

---

3) Gleiches lehren:

Bauer: Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. Göttingen 1827. §. 125. Not. 9. „So verjährt insbesondere auch bei Injurien die Civilprivatklage (ex L. Corn.) in 30 Jahr, die prätorische in 1 J., die öffentliche Anklage in 20 J.

Wächter: Lehrbuch des Römisch=Deutschen Strafrechts. Band 1. Stuttgardt 1825 S. 270. „Die Regel bei Klagen auf Privatstrafen enthält C. 7. 39. (de praescr. 30. annor.) — Ausnahme bei den vom Prätor eingeführten. — Die Verjährung bei Injurien folgt ganz diesen Grundsätzen, d. h. es verjährt die act. aestim. im 1. J., die ex l. Cornel. im 30. Jahr und die accusatio auf öffentliche Strafe im 20. Jahr. — Dieser Ansicht sind auch die meisten. Nur wenige behaupten, jede Strafe der Injurien verjähre allgemein in einem Jahr." —

Dabelow: Ueber die Verjährung. Th. 2. Halle 1807. §. 188.

„Die Meinung, daß bei uns alle Injurienklagen ohne Unterschied in einem Jahr verjährt würden, gründet sich auf eine ganz falsche Erkläuung der L. 5. Cod. de injur. Denn nach dem älteren römischen Rechte konnte civiliter aus dem prätorischen Edicte wegen simpler Verbalinjurien nur in der gewöhnlichen Zeit von einem Jahre, ex lege Cornelia, wegen einer Realinjurie oder eines Pasquills in dreißig Jahren ge=

jurienklagen bei, der, daß die actio Injur. aestim. des Prätors in einem Jahr, die act. ex lege Corn. in 30, die Klage auf öffentliche Strafen in 20, die auf Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf aber ebenfalls in 30 Jahren verjähre [4]). Diese meine Meinung glaube ich durch Folgendes begründen zu können. Die

L. 5. Cod. cit.

ist ein Rescript und bei Gelegenheit eines Antrags wegen wörtlichen Injurien ergangen, welche bekanntlich mit der prätorischen Klage, die, wie alle präto-

---

klagt werden. Der Fall, wovon in der L. 5. C. die Rede ist, gehört aber zu denen, welche unter dem prätorischen Edicte stehen, mithin wird dadurch gerade das ältere Recht bestätigt. Die dreißigjährige Dauer der Klage für die Fälle, welche ex lege cornelia entspringen, muß auch bei unserer actio ex moribus auf Abbitte und Ehrenerklärung Statt finden.

Gebrüder Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Band 3. Med. 120: „Die auf einen Widerruf gehende Klage wird in 30 Jahren verjährt.“

4) J. H. Boehmer: Doctrina de actionibus Sect. II. Cap. XI. §. 62.

„Utraque actio“ (1. ad palinodiam seu revocationem, 2. ad deprecationem), „moribus debetur et ita civilis dicenda, adeoque perpetua est.“

Koch: Instit. jur. crim. §. 382. Nota 1.:

„Aestimatoria a raescribitur anno. — Actio autem ad palinodiam depre cationem et honoris declarationem perpetua est.“

rischen Pönalklagen, in einem Jahr verjährte, verfolgt wurden. Was soll uns also berechtigen, eine Gesetzesstelle der Art, gegen alle Regeln der Interpretation und den Grundsatz des römischen Rechts, daß Civilklagen 30, öffentliche Klagen aber 20 Jahre dauern, auf alle, dem römischen Recht bekannt gewesenen Injurienklagen und selbst auf die, durch deutsche Gewohnheiten und Gesetze eingeführten auszudehnen, da sie sich so gut im Einklange mit allen diesen Regeln erklären läßt? Die Worte des Rescripts:

„quum injuriarum actio anni tempore praescripta sit,“

sind keine verba dispositiva, sondern nur declarativa; sie stehen in der genauesten Beziehung mit der Anfrage, wodurch das Rescript veranlaßt worden war und unter der „injuriarum actio“ ist sicher die aestimatoria zu verstehen, wie es der ganze Zusammenhang der Stelle lehrt. Wäre es die Absicht des Kaisers gewesen, den Grundsatz auszusprechen, daß alle Injurienklagen in einem Jahr verjähren sollten, so würde sicher das Rescript ganz anders und bestimmter abgefaßt worden seyn [5]). Darum möchte

5) Gebrüder Overbeck: Meditationen. Band 3. Medit. 119: „Die Vertheidiger der gegenseitigen Meinung sagen, der Ausdruck: cum injuriarum actio annuo tempore praescripto sit, wäre allgemein und gienge daher auch auf jede andere Injurienklage. Aber diese Behauptung ist in der That ungereimt und wider den Sinn des Gesetzes. Denn es heißt nicht: „quia ac-

jene Gesetzesstelle nur von der actio injur. aestim. des Prätors zu verstehen seyn. Wollte man aber auch der angezogenen Stelle eine ausgedehntere Anwendbarkeit zuschreiben, so würde sie immer nur auf die, dem Prätor bekannt gewesenen Injurienklagen eine Ausdehnung leiden können, nicht aber auf die ihm ganz unbekannt gewesenen Klagen auf Abbitte u. s. w. angewendet werden können. Sieht man diese, als auf Privatsatisfaction gerichtet, an, so tritt die dreißigjährige Verjährung ein. Betrachtet man sie aber als Klagen, welche eine relativ öffentliche Strafe zur Folge haben, so gebricht es zwar an einem bestimmten Maasstab für die Festsetzung einer Verjährungsfrist. Allein die einjährige Verjährung kann doch immerhin hier nicht eintreten.

Grolman a. a. O. §. 523. (1) glaubt, daß die Verjährungsfrist für diese Klagen am besten nach der Natur derjenigen Klagen bestimmt werde, mit welchen sie cumulativ concurriren, also in vorliegendem Fall auf 20 Jahre. Daß man, wenn man nun einmal die Klage auf Abbitte u. s. w. nicht in Gemäßheit der L. 5. Cod. de injur. in einem Jahr wolle verjähren lassen, die Frist für deren Verjährung am besten nach den Vorschriften des römischen Rechts bestimme, erkennt selbst Weber a.

„tiones injuriarum annuo tempore praescribuntur,“ sondern: „cum injuriarum astio annuo tempore prae-„scripta sit.“

a. O. an, wenn er auch seine Verwunderung darüber bezeigt, daß diejenigen nicht mehr Beifall gefunden hätten, welche, auf die Analogie des deutschen Rechts Rücksicht nehmend, jene Klagen, als deutschen Ursprungs, binnen Jahr und Tag wollten verjähren lassen."

§. 3.

Dritte Instanz.

Der Beklagte ergriff das Rechtsmittel der Ober-Appellation. Sich zu dessen Rechtfertigung im Ganzen auf die Acten beziehend, fügte er nur Folgendes hinzu: Es sey unbestritten, daß die, durch das römische Recht begründete Privatinjurienklage innerhalb eines Jahrs erlösche. Zweck dieser Klage sey Satisfaktion des Beleidigten. Die Art dieser Genugthuung habe bei den Römern gewöhnlich in der Zahlung einer Summe Geldes bestanden. Ob man nicht auf eine andere Satisfaktion habe antragen können, sey ungewiß. Es sey dieses aber wahrscheinlich, weil bei vielen Injurien der Zweck der Klage, der, dem Injurirten eine Genugthuung zu verschaffen, nicht durch Zahlung einer Summe Geldes zu erreichen sey. Diese Wahrscheinlichkeit habe die Praxis der deutschen Gerichte für Gewißheit genommen. So hätten sie auf Abbitte, Ehrenerklärung und Widerruf erkannt. Die Klage darauf sey daher keine neue, sich neben die römische ästimatorische stellende, sondern diese

selbst [6]). Unbestritten sey aber, daß diese Klage mit dem Ablauf eines Jahrs verjähre.

Das, zum Zweck der Entscheidung in letzter Instanz erstattete Gutachten ist des Inhalts: „Die Frage, in welcher Zeit die Privatinjurienklage auf Abbitte und Ehrenerklärung verjähre? ist von den ältern und neuern Rechtsgelehrten sehr verschieden beantwortet worden. Die Injurienklagen verdienen keine Begünstigung und es wäre zu wünschen, daß eine kurze Zeit zu ihrer Verjährung gesetzlich bestimmt seyn möchte [7]). Bei dem Mangel einer solchen gesetzlichen Bestimmung in Ansehung der Klage auf Ab-

6) Vergl. Unterholzner: Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Leipzig 1828 Bd. 2 §. 282. „Dagegen halte ich es für unrichtig, wenn man die, bei uns gebräuchlich gewordenen Klagen auf Abbitte und Ehrenerklärung ebenfalls auf dreißig Jahre ausdehnen will. Es scheint mir ungleich natürlicher, diese Klagen gar nicht als eine neue Art der injuriarum actio, sondern bloß als eine abweichende Gestaltung der römischen injuriarum actio zu betrachten, bei welcher an die Stelle der Geldbuße eiue persönliche Buße getreten ist. Nach dieser Ansicht wird also immer noch für die geringeren Unbilden, welche nicht unter das Cornelische Gesetz fallen, eine Jahresfrist als Verjährungszeit gelten."

7) Unterholzner a. a. O. Note 791: „Gegen die Zweckmäßigkeit einer so lang dauernden Verjährung, wie die dreißigjährige ist, läßt sich allerdings manches erinnern."

bitte und Ehrenerklärung erachte ich die Meinung derjenigen Rechtslehrer für richtig, welche einen Ablauf von 30 Jahren fordern, und ich folge der gemeinen von den bewährtesten Juristen in Schutz genommenen Theorie."

„Die Klage auf Abbitte und Ehrenerklärung hat nicht in dem römischen Recht ihren Ursprung, sondern sie gründet sich auf eine alte deutsche Gewohnheit, und ist eine ex moribus eingeführte Civilklage. Sie dauert daher, wie Schmitt im Commentar über Klagen und Einreden §. 1269. bemerkt, 30 Jahre."

„In der L. 5. C. de injur. (IX. 35,) ist für einen bestimmten Fall eine einjährige Verjährung der Injurie festgesetzt, und dieser Fall gehört unter das prätorische Edict. Alle Klagen aus dem prätorischen Edict auf Strafen dauern aber in der Regel nur ein Jahr. Mevius dehnte Part. V. decis. 360. dieses Gesetz auf die Klage des Widerrufs aus, und Carpzov part. IV. const. 46. def. 1. auf alle wörtliche und schriftliche Injurien."

„Engau nahm in seiner Schrift über Verjährung in peinlichen Fällen §. 60. ꝛc. an, daß alle Injurien nach dem Zeitraum von einem Jahre verjährt seyen, und stützte sich hierbei auf deutsche Gewohnheiten des Mittelalters."

„Weber beschränkte in seinem Werke über Injurien und Schmähschriften 2te Abtheil. §. 18. alle Injurienklagen auf ein Jahr, und suchte seine An-

sicht wieder durch die allegirte L. 5. C. de injur. zu begründen."

„Diese Meinungen fanden aber in älterer und neuerer Zeit viele Gegner."

„Ich beschränke mich nur auf dasjenige, was einige neuere bewährte Rechtslehrer gegen jene Theorien gesagt haben."

„Kori rechnet in der Theorie der Verjährung §. 103. die Injurienklagen zu den Privat-Pönalklagen!, und bemerkt in der Note:

„„Andere lassen die Injurienklagen in einem Jahr verjähren, sie mag auf öffentliche oder Privatstrafe gerichtet werden, als Weber. Allein dieß läßt sich bloß bei denjenigen Injurienklagen rechtfertigen, welche aus dem prätorischen Edict entsprungen sind, und von diesem spricht auch nur die l. 5. C. de injur.""

„Thibaut sagt in seiner Schrift über Besitz und Verjährung §. 53. in Beziehung auf die Webersche Theorie:

„„Diese hat mehr wider als für sich. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Pandecten kann man keine andere, als diese Regeln aufstellen: 1) Die peinliche Strafe der Injurien wird erst in 20 Jahren verjährt. 2) Die bürgerliche und zwar die, welche aus dem prätorischen Edict entspringt, in 1 Jahr. Wird hingegen — ex moribus (auf Widerruf, Abbitte, Ehrenerklärung) geklagt; so kann die Klage 30 Jahre angestellt

werden. Dieß alles soll nun nach jener Theorie durch L. 5. Cod. de injur. umgestoßen werden. Allein bedenkt man, daß in diesem Gesetz keine Regel aufgestellt, sondern bloß gesagt wird, in dem gegebenen Falle sey die Klage einjährig, und nimmt man dazu, daß gerade dieser Fall unter das prätorische Edict gehört; so geräth man mit den Interpretationsregeln des Codex in geraden Widerstreit, wenn man aus jenem Fragmente etwas weiter folgert, als was sich von selbst versteht, daß die actio injuriarum, wenn sie aus dem prätorischen Edict entstehet, 1 Jahr dauert.''''

„Rave nimmt in seinem Werke von der Verjährung [8]) §. 163. not. p. ebenfalls an, daß die „actio-ad-deprecationem et honoris declarationem perpetua" sey, und Quistorp: Grundsätze des peinlichen Rechts Aufl. 3. §. 334 bemerkt, daß man billig unter der Genugthuung des Beleidigten und dem Bestrafungsrecht des Richters einen Unterschied machen müsse, und auf den Widerruf und die Abbitte noch bis zum Ablauf von 30 Jahren geklagt werden könne. Will man auch die Verurtheilung zu einer Abbitte als eine relativ-öffentliche Strafe ansehen, wie von vielen neueren Criminalisten, wegen der darin für den Beleidiger liegenden Beschämung geschiehet, so würde dieß in dem

---

8) Principia universae Doctrinae de Praescriptione.

gegenwärtigen Falle keinen Unterschied machen; da in dem Falle, wenn auf eine öffentliche Strafe angetragen wird, die Klage 20 Jahre dauert, von der Zeit der in substrato zugefügten Beleidigung aber erst einige Jahre verflossen sind:

Höpfner Commentar über die Instit. §. 1075.

Aber auch mehrere Criminalisten, welche die Injurienstrafen als relativ-öffentliche betrachten, nehmen doch an: daß die drei relativ-öffentlichen Strafen des Widerrufs, der Abbitte und Ehrenerklärung dreißig Jahre dauerten, wie z. B. Selchow in der Lehre von Strafen und Verbrechen §. 335. Dieser bemerkt in der Note in Beziehung auf die vorliegende Streitfrage:

„„Viele nehmen mit Engau und Weber an, daß alle Injurienklagen nach dem Zeitraum von einem Jahr verjährt seyen. Engau stützt sich hierbei auf deutsche Gewohnheiten des Mittelalters [9]); allein diese können für uns nichts Allgemeingültiges bestimmen. Weber hingegen glaubt den Beweis in der L. 5. C. de injur. zu finden, durch welche die früheren Bestimmungen vernichtet seyn sollen. Allein nach meiner Ueberzeugung wendet man denjenigen, welche sich auf dieses Gesetz berufen, mit Recht ein, daß in demselben nichts weniger, als eine allge-

---

9) Sachsenspiegel. Vergl. Unterholzner a. a. O. Note 791. Wächter a. a. O. §. 126. S. 270.

meine Regel in Ansehung der Verjährung aller Injurien aufgestellt werde, sondern daß das Gesetz von einem Falle rede, welcher unter das prätorische Edict gehöret, und mithin nichts weiter verordne, als was schon nach dem Rechte der Pandekten bestimmt war.''''

Am Schluß des Gutachtens bekennt sich der Referent zu der Ansicht derjenigen, welche einen Zeitraum von 30 Jahren zur Verjährung der Klagen auf Abbitte und Ehrenerklärung forderten [10]). Da nun diese Ansicht so angesehener Rechtslehrer als die gemeine Meinung anzusehen sey, so möchte sich der Antrag auf Bestätigung des unterrichterlichen Erkenntnisses rechtfertigen.

Das Gericht entschied sich für die entgegengesetzte Theorie, die einjährige Verjährung. Da es aber zugleich sich zu dem Princip bekannte, daß durch bloses neues Vorbringen die Appellation in keinem Fall begründet werden könne und namentlich das Vorbringen neuer Einreden in der Appellations-Instanz un-

---

10) Nach preußischem Recht verjährt die Injurienklage in 3 Monaten.

Fürstenthal: Institutionen des allgemeinen preußischen Civil- und Criminalrechts. Berlin 1827. §. 1078. „Alle und jede Injurienklage ist verjährt, wenn der Beleidigte, ungeachtet ihm die Injurie und der Injuriant bekannt gewesen, sie innerhalb dreier Monate nicht rügt.''.

zulässig sey [11]), so erkannte es (unterm 28. October 1828) dahin, daß das Hofgerichtliche Urtheil [12]) zu bestätigen sey.

B.

Unter welchen Voraussetzungen können, nach der Judenordnung vom Jahr 17.18, mehr als zweijährige Zinsen bei Schuldforderungen der Juden gegen Christen eingeklagt werden?

Vom Accessisten Reinhard Frank zu Gießen.

---

§. 1.

Einleitung.

Der Schutzjude A. R. zu B. hatte in den Jahren 1813 und 1825 dem Bauer H. H. zu A.

---

11) Ueber das, auf Veranlassung dieses Rechtsfalls von dem höchsten Gericht angenommene Präjudiz hinsichtlich des beneficii novorum später.

12) Nach der bisherigen Praxis Großherzogl. Hofgerichts konnte auch lediglich durch neues Vorbringen, unter der Bedingung, daß der Appellant den Appellations-Eid ableiste, die Appellation gerechtfertigt oder begründet werden. Urtheil dieses Gerichtshofes vom 10. April 1816 in Sachen des Adam Schwarz in Wallerstätten gegen Caspar Fickel in Dornheim.

zwei Capitalien zu 764 und resp. 400 fl. geliehen. Nach Inhalt der gerichtlich confirmirten Schuldverschreibungen war eine Verzinsung zu 6 Prozent vertragsmäßig festgesetzt worden.

§. 2.

Verhandlung in erster Instanz.

Im Jahr 1830 erschien der Gläubiger bei dem Landgericht zu V. und klagte, mit dem Bemerken, daß öftere Erinnerungen an die Zahlung nichts gefruchtet hätten, auf Bezahlung der von beiden Schuldforderungen seit den Jahren 1824 und resp. 1825 zurückstehenden Zinsen. Der Beklagte excipirte, er glaube nicht, daß man von 5 bis 6 Jahren die Zinsen aufwachsen lassen dürfe, worauf replicando der Kläger anführte, er habe dem Schuldner so lange Ruhe gelassen, weil die öfteren Erinnerungen nichts geholfen hätten. In der Duplik wiederholte Beklagter priora.

§. 3.

Entscheidung in erster Instanz.

Auf diese Verhandlungen eröffnete das Landgericht folgendes Erkenntniß:

„Da nach der Judenordnung Zinsen über zwei Jahre hinaus, wenn der Schuldner nicht früher darauf gehörig gemahnt worden ist, oder besondere Verhältnisse die Anforderung nicht verhindert haben, nicht eingeklagt werden können, unter der Mahnung des Schuldners nach den Worten und dem Sinn des Gesetzes blos eine ge-

richtliche Anforderung gemeint ist, eine solche aber nach Klägers eigner Angabe vor der jetzt erhobenen Klage nicht erfolgt war, derselbe es vielmehr bei bloß außergerichtlichen Anforderungen hat bewenden lassen —

so wird zu Recht erkannt:

daß bloß von 2 Jahren vor der am 12. October 1830 erhobenen Klage die Zinsen zu 6 Prozent, vorbehältlich der dann weiter laufenden, dem Kläger zuzuerkennen seyen."

§. 4.

Verhandlung in zweiter Instanz.

Gegen diese Entscheidung ergriff der Kläger die Appellation an Großherzogl. Hofgericht zu Gießen. Seine Beschwerde findet er darin:

daß ihm die rückständigen Zinsen nur bis zum Betrage für die ersten 2 Jahre vor erhobener Klage zuerkannt seyen;

und führt er zur Rechtfertigung derselben an:

Die Judenordnung enthalte im §. 11. Folgendes:

„Weil Wir durch sonderliche Edicte den Juden einige in Unserem Lande liegende Güter, wie die Nahmen haben mögen, auch die, so davor geachtet werden, an sich zu bringen, oder Geld darauf zu leihen verboten; so wollen Wir solche Ordnung anhero repetiret, auch darneben befohlen haben, die Schulden über 2 Jahre ohngemahnt und ohngefordert nicht anstehen zu lassen,

denn da sie in solcher Zeit die Schulden nicht nachklagen würden, soll nach Ablaufung der 2 Jahre alles Interesse verwirkt und verloren seyn, es sey denn Sach, daß die Bezahlung auf unterschiedliche Zeit und Frist, so sich über 2 Jahre erstrecken, gesetzt, oder der Schuldmann nicht inner Landes, daß gegen ihn geklagt werden möchte, wäre; so sollen in solchen Fällen nach Verfließung des letzten Ziels der Bezahlung, oder wann der Schuldmann wieder zu Haus wäre, solche 2 Jahre angehen und gerechnet werden."

Es frage sich nun:

1) besitze der §. 11. der Judenordnung überhaupt noch praktische Gültigkeit?

2) könne derselbe auf den vorliegenden Fall angewandt werden?

3) was sey der Sinn dieser Disposition der Judenordnung?

Er bemerkte

ad 1.) Wie so viele andere Bestimmungen der Judenordnung, seyen auch die Dispositionen des §. 11. derselben, insoweit sich dieselben auf Einforderung der Schuldausstände erstreckten, seit undenklichen Zeiten nicht beobachtet worden. Es habe sich überhaupt und insbesondere in dem Landgerichte V. eine förmliche desuetudo dagegen gebildet, nach welcher von jeher den Juden von ihren Forderungen unbeschränkt die Zinsen usque ad alterum tantum

zuerkannt worden seyen. Ihm selbst seyen in 6 verschiedenen Rechtssachen (der Appellant macht dieselben namhaft) mehr als zweijährige Zinsen zuerkannt worden, und die Offenkundigkeit spreche dafür, daß seit undenklichen Zeiten von keinem Gerichte einem Juden von seiner Forderung, die länger als 2 Jahre ungemahnt ausgestanden habe, die weiteren Zinsen abgesprochen worden seyen. Da nun bekanntlich Gesetze durch widerstreitende Gewohnheiten aufgehoben würden,

Thibaut Pand. System §. 17.

so könne es keinem Zweifel unterliegen, daß der §. 11. der Judenordnung keine Gültigkeit mehr besitze. Dazu komme noch, daß nach der Verfassungsurkunde alle Hessen vor dem Gesrtze gleich seyen, eine Bestimmung, wodurch offenbar alle privatrechtlichen Beschränkungen der Judenordnung aufgehoben würden.

Ad 2.) Aus der ganzen Fassung des §. 11. der Judenordnung, und namentlich aus dem darin gebrauchten Worte „Schulden" gehe hervor, daß nur von den eigentlichen Handelsausständen der Juden die Rede sey. Andere Ausstände habe ein Jude nicht haben können, weil es ihm verboten gewesen sey, auf liegende Güter Geld auszuleihen. Erst durch die Verordnung vom 19. Dec. 1786 sey dieses den Juden gestattet worden, wobei es sich von selbst verstehe, daß sie bei einem solchen reinen Darlehnsvertrage dieselben Rechte, wie die Christen, erlangten. Da nun in dem vorliegenden Falle seine, des Appellanten, Hauptforderung aus gerichtlich versicherten Darlehen

beständen, so habe er keineswegs die Verbindlichkeit gehabt, dieselben nach 2 Jahren wieder aufzukündigen. Es würde dieses auch mit dem Wesen des Darlehnsvertrages, wonach die Benutzung des Darlehns auf unbestimmte Zeit gestattet werde, und die Aufkündigung an keine bestimmte Zeit gebunden sey, im grellsten Widerspruche stehen. Ohne Zweifel sey aber auch nach den Worten der Judenordnung eine Mahnung nur bei solchen Ausständen erforderlich, deren Rückzahlung auf einen bestimmten Termin festgesetzt sey. Dieses gehe daraus hervor, daß in dem Gesetze selbst verordnet sey, es solle die zweijährige Mahnfrist bei Schulden, deren Bezahlung auf verschiedentliche Zeit und Frist, so sich über 2 Jahre erstrecke, gesetzt sey, erst nach Verfließung des letzten Ziels angehen. Bei gerichtlich ausgeliehenen Capitalien trete nun aber der Rückzahlungstermin erst nach Ablauf von 3 Monaten nach geschehener gerichtlicher Aufkündigung ein.

Ad 3.) Davon, daß die Mahnung gerichtlich geschehen müsse, enthalte die Verordnung nichts; denn wenn auch der Ausdruck „nachklagen" darin vorkomme, so sey damit doch blos eine besondere Art der Mahnung erwähnt und hervorgehoben worden, ohne daß zugleich dadurch eine außergerichtliche Mahnung als ungenügend habe ausgeschlossen werden sollen.

Er bitte aus diesen Gründen:

die sententia a qua wieder aufzuheben und

den Appellaten zur Zahlung aller eingeklagten Zinsen schuldig zu erkennen.

§. 5.

Entscheidung in zweiter Instanz und Gründe derselben.

Das Gericht zweiter Instanz erkannte unterm 2. Mai 1831, der Meinung des Referenten beitretend, confirmatorisch.

Bei der Beurtheilung der Sache hielt sich der Referent in seinem schriftlich erstatteten Vortrage an die vom Appellanten aufgestellten Streitfragen, und führte zu deren Beantwortung Folgendes aus.

1) Was die Frage betreffe, ob der §. 11. der Judenordnung überhaupt noch praktische Gültigkeit habe, so wolle er zunächst dasjenige angeben, was Gatzert in seinem „Tractatus de judaeorum in Hassia, praecipue Darmstadina, juribus" §. 10, desfalls bemerke. Derselbe drücke sich so aus:

„Alterum singulare, anatocismo inprimis, „si recte auguror, oppositum, continetur „§. 11. ordinationis judaicae; de cujus usu „hodierno eadem monenda videntur esse. „Sub jactura usurarum nimirum obligatur „Judaeus, ne ultra biennium citra inter„pellationem exactionemque adeo judicia„lem vivi christiano credat."

Unmittelbar vorher drücke sich Gatzert über den usus hodiernus folgendermaßen aus:

„Si desuetudinem forte legis appellas, me-
„mores quaeso, quotiescunque typis repe-
„tita illa fuerit, locum hanc remansisse
„integrum ut itaque, quoad de non usu
„ejus legitimo aut consuetudine correcto-
„ria minus constet, ex renovata legisla-
„toris voluntate eo gravior exceptio Ju-
„daeo metuenda sit, qui, sine praescitu
„alterius conjugis, soli marito uxorive
„credidit, quo efficacius non tantum in
„fine ordinationis Judaeis imperatum est:
„selbiger Ordnung sich durchaus in allen Punc-
„ten gemäs zu verhalten und keineswegs dersel-
„ben zuwider zu handeln, sed quo minus
„deinde etiam ratio leges sapientissima
„hodie cessat."

Die Behauptung des Appellanten, daß der §. 11. der Judenordnung seit undenklichen Zeiten nicht beobachtet worden sey, und daß sich namentlich in dem Landgerichee W. eine entschiedene desuetudo dagegen gebildet habe, relevire nichts, da es sich hier von einer solchen Gewohnheit handele, die einem positiven Landesgesetze widerstreite, in welchem Falle die Genehmigung des Landesherrn nicht nur nicht vermuthet, sondern sogar ein deutlicher Beweis erfordert werde, daß diese Gewohnheit zu seiner Wissenschaft gekommen sey.

Glück Pand. Commentar Th. 1. S. 486.

Von einer solchen Wissenschaft des Gesetzgebers

und resp. Genehmigung constire aber überall nichts aus den Acten. Es könne zudem die Gesetzgebung auch nicht in die Hand des Richters gelegt werden. Die Autorität Thibaut's, auf welchen sich der Appellant berufe, rede dem aufgestellten Satze keineswegs das Wort, daß Gesetze durch widerstreitende Gewohnheiten aufgehoben würden. Im Gegentheil habe er, Referent, diesen Rechtsgelehrten für sich, nach den Worten:

„Den Gesetzen widerstreitende Gewohnheiten „(correctoriae, derogatoriae), wenn sie nicht „speciell vom Regenten genehmigt, oder eine „unverdenkliche Zeit hindurch ausgeübt sind, gel„ten nicht; sie mögen nun auf Abschaffung des „Gesetzes durch Nichtgebrauch gehen (desuetu„do) oder Einführung eines, dem Gesetze wi„derstreitenden neuen Grundsatzes (abrogato„riae): und zwar alles dieses selbst dann, wenn „sie gerichtlich bestätigt wurden."

Wenn der Appellant ferner behaupte, daß die privatrechtlichen Beschränkungen der Juden durch die Hessen-Darmstädtische Verfassungs-Urkunde aufgehoben worden seyen, weil nach letzterer alle Hessen vor dem Gesetze gleich seyen; so greife diese Behauptung offenbar zu weit und beweise also gar nichts. Hierbei werfe er, Referent, noch einen, von dem Appellanten gar nicht berührten Zweifel auf, daß sich nämlich in vorliegendem Falle der Beklagte eigentlich gar nicht speciell auf die Judenordnung berufen habe.

Erwäge man jedoch die am Schlusse der Verordnung ausdrücklich enthaltene allgemeine und unbestreitbar bisher gehandhabte Vorschrift, daß die Judenordnung in allen ihren Theilen von den Juden gehalten, und darauf von den Beamten mit allem Fleiße gesehen werden, ja nach der Verordnung vom 9. Oct. 1786, §. 2. sämmtliche Gerichte von Amtswegen auf die Beobachtung dieser Gesetze wachen, mithin darnach erkennen sollen, wenn sich auch ein Schuldner nicht darauf berufe: so folge daraus von selbst, daß der judex a quo, auch ohne specielles Vorbringen des Beklagten, gleichwohl das vorliegende Gesetz habe zur Anwendung bringen müssen. Ueberdies liege darin auch eine Verjährungs-Norm der Zinsenforderung, und in dieser Beziehung gelte der allgemeine Grundsatz, daß die Einrede der Verjährung von Gerichtswegen beobachtet werden solle, insofern nur, als, was hier der Fall sey, die dazu erforderlichen thatsächlichen Umstände in dem Parthie-Vorbringen enthallen seyen.

2) Bei der zweiten Frage, ob nämlich der §. 11. der Judenordnung auf den vorliegenden Fall anwendbar sey, habe es zwar sehr vielen Schein für sich, wenn der Appellant das Wort „Schulden" nur auf Waarenschulden angewendet sehen wolle. Da jedoch der §. 10. der Judenordnung obligationes und Anleihen wörtlich gestatte, so folge daraus von selbst, daß unter dem Worte „Schulden" allerdings auch Darlehnsschulden gemeint seyn könnten, und daß, grade wegen der All-

gemeinheit des Ausdrucks, diese Bezeichnung nicht blos auf Waarenschuiden beschränkt werden dürfe, ohne der Interpretation wahrhaft Gewalt anzuthun.

Uebrigens interpretire er den §. 11. der Judenordnung dahin, daß nur die Zinsen, nicht aber die Hauptschuld, vor Ablauf zweier Jahre eingefordert werden sollen.

3) Was endlich die Frage betreffe, ob der §. 11. des fraglichen Gesetzes zur Unterbrechung der erwähnten Verjährungszeit eine gerichtliche Mahnung erheische, so sey dies zwar nach den blosen Worten „ohngemahnt oder ohngefordert" zweifelhaft, der unmittelbar darauf folgende Ausdruck „nachklagen" gebiete jedoch offenbar eine gerichtliche Mahnung oder Einforderung, was denn auch Gatzert l. c. annehme, wenn er sage: „interpellationem exactionemque adeo judicialem."

C.

Ueber den Vorrang des allgemeinen privilegirten Pfandrechtes der Ehefrau vor den, von dem früheren Eigenthümer errichteten, und den wegen einer versio in rem privilegirten Pfandrechten.

Vom Hofgerichtsadvokaten Hofmann II. in Gießen.

Ludwig Becker und dessen Ehefrau zu S., überließen durch Uebergabsvertrag vom 6. August 1803 ihre Immobilien (Gut), bestehend in Haus, Hofraithe, Grundstücken u. s. w., ihrem Sohn Jakob und dessen Verlobten für die Summe von 1300 Gulden, und zwar unter den beiden Bedingungen:

1) daß jedes der übrigen Geschwister 250 Gulden als Abfindung erhalten, und denselben
2) das übergebene Vermögen, bis nach völliger Ausbezahlung der Abfindung, verpfändet bleiben solle.

Dieser Vertrag wurde von den sämmtlichen Contrahenten unterschrieben, und sodann gerichtlich bestätigt. Die Tradition des Gutes erfolgte in der gehörigen Ordnung. Ein Bruder des Jakob Becker, Conrad Becker, war Soldat, setzte im Jahr 1811 seine einzige Tochter durch Testament zur Erbin ein, und starb in dem russischen Feldzuge des Jahres 1812. Vor einigen Jahren wurde über das Vermögen des

Jakob Becker der Concurs erkannt, ohne daß die Geschwister völlig abgefunden waren. Namentlich hatte die unmündige Tochter des Conrad Becker, Anna, noch ihr ganzes Erbtheil, Valentin Becker aber noch einen Theil desselben zu fordern. Diese Forderungen wurden im Liquidationstermin gegen die Masse eingeklagt. Außerdem forderte die Ehefrau des Gemeinschuldners ihr eingebrachtes Vermögen mit 400 fl. aus der Masse zurück.

Bei der Verhandlung über die Priorität nahm der Vormund der Anna Becker, so wie der Valentin Becker, gestützt auf das, in dem Gutsübergabsvertrag vorbehaltene, Pfandrecht, einen Vorzug vor allen andern Gläubigern, und namentlich auch vor der Ehefrau, in Anspruch. Letztere widersprach dem, ihr entgegengesetzten, Vorzugsrechte ganz allgemein, ohne Angabe der Gründe. Das Landgericht zu Alsfeld räumte hierauf in dem Prioritäts-Erkenntnisse der Anna Becker, so wie dem Valentin Becker die ersten Stellen ein, und gab der Ehefrau erst nach diesen einen Anspruch auf Befriedigung. Die Entscheidungsgründe waren: der Gemeinschuldner und dessen Ehefrau hätten das Gut gemeinschaftlich gekauft, in dem Uebergabsvertrage sey den Geschwistern des ersteren, zur Sicherheit ihrer Abfindung, ein Pfandrecht an dem ganzen Gute vorbehalten worden, welches, als bei dem Verkaufe reservirtes, zu den privilegirten gehöre [1];

---

1) Vergl. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des ge-

die Ehefrau habe zwar in Rücksicht ihres eingebrachten Vermögens auch ein generelles gesetzlich privilegirtes Pfandrecht, dieses müsse aber dem ersteren wegen seines höheren Alters nachstehen, indem der Anschlag des Gutes der Eingehung der Ehe vorangegangen sey.

Gegen dieses Erkenntniß ergriff die Ehefrau des Gemeinschuldners die Appellation, deren Rechtfertigung sie durch die Ausführung versuchte, daß die Geschwister des Gemeinschuldners nur ein conventionelles privilegirtes, sie selbst dagegen ein gesetzliches privilegirtes Pfandrecht habe, welchem letzteren in dieser Eigenschaft der Vorzug vor dem ersteren gebühre. Das Großherzogl. Hofgericht in Gießen hob hierauf (unterm 18. Februar 1830) das unterrichterliche Erkenntniß, insoweit es angefochten worden war, auf, und wies der Ehefrau vor den Geschwistern des Cridars ihre Stelle an. In dem schriftlichen Vortrage wurden folgende Gründe für diese Abänderung angegeben: Den Geschwistern des Gemeinschuldners stehe ohne Zweifel ein privilegirtes Pfandrecht zu, da ihre

---

meinen Civilrechts. Buch 2. §. 157. „Gleichgültig ist es, für welche Sachen man die Verwendung machte: ferner, ob zur Erhaltung, Verbesserung oder neuen Erwerbung das Creditum verwendet worden, weshalb auch der Verkäufer im Falle des, wegen creditirten Kaufpreises bedungenen Pfandrechtes an der Sache das Privilegium hat" Anmerk. des Herausg.

Forderung ein Kaufschilling einer unbeweglichen Sache, und für diesen ein Pfandrecht ausdrücklich vorbehalten sey.

Nov. 97. c. 3.

Ob aber dieses so wie alle, wegen eines versio in rem privilegirten, Pfandrechte, gleiche Stärke mit dem für die dos angeordneten habe, sey zwar bestritten, jedoch nach den Gesetzen nicht anzunehmen. Die Nov. 97. c. 3. spreche in den Worten „volumus igitur" u. s. w. [2]), den Vorrang des Privilegiums der dos aus: Der Einwand, daß in der Frage, welche dieser Bestimmung vorhergehe, nur von einem spätern Gläubiger die Rede sey, vermöge theils wegen der Allgemeinheit der Entscheidung, die den Unterschied zwischen dem späteren und früheren Gläubiger gar nicht aufstelle, theils auch darum nichts zu entscheiden, weil, nach dem Inhalte der

l. 5. D. (20. 4.)

gerade bei den Pfandrechten, deren Collision mit dem Pfandrechte der dos in der Nov. 97. c. 3. abgehandelt werde, der jüngere Pfandgläubiger dem älteren vorgehe.

v. Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilrechts Buch II. §. 160.

Man habe nach diesen Bestimmnngen gar nicht nöthig, auf den bestrittenen Inhalt der

2) „Volumus igitur secundum hoc, ut, si quis domum renovasset aut etiam agrum emisset, non possit talia privilegia mulieribus opponere."

l. 12. C. (8. 18.),

noch auch auf die, für den Vorzug der dos sprechende

Nov. 97. c. 4.

einzugehen. Bei der Berathung gab jedoch, nach der Majorität des Collegs, die l. 12. C. (8. 18.) den Ausschlag für den Vorrang des Privilegiums der dos.

Die Appellatin wendete gegen dieses Urtheil die Revision ein, deren Rechtfertigung der Bearbeiter dieses Rechtsfalls, als Armenanwalt, durch folgende Ausführung versuchte.

I. Die Ehefrau des Gemeinschuldners sey den Gutsübergabsvertrag als damalige Verlobte mit eingegangen, sie habe ihn unterschrieben, das vorbehaltene Pfandrecht mit errichtet, und sich dadurch verbindlich gemacht, daß das Gut den Geschwistern ihres Ehemannes, bis nach der völligen Ausbezahlung des Kaufschillings, verhaftet bleiben solle. Sie könne daher kein Vorzugsrecht von einem Pfandrecht, welches sie selbst mit errichtet habe, in Anspruch nehmen, indem sie dadurch von einem, auf rechtsgültige Weise eingegangenen Vertrage abgehen würde. Bei dem Abschluß dieses Vertrages sey weder eine dos bestellt, noch die Ehe abgeschlossen, und mithin eine Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten unmöglich gewesen. Zudem habe die Ehefrau in dieser Rücksicht gar keine Einrede vorgebracht. Durch den Gutsübergabsvertrag sey sie Miteigenthümerin des Guts geworden, dessen ideelle Hälfte ihr zugehöre; sie würde daher, da das ganze Gut zur Concursmasse gezogen worden,

offenbar ein Pfandrecht an einer eigenen Sache haben.

II. Bei der Eigenthumsübertragung gehe die Sache mit allen Lasten auf den neuen Erwerber über, und dieser sey nicht befugt, die, durch diese Lasten Berechtigten, und namentlich die Pfandgläubiger, durch Errichtung neuer Pfandrechte, oder gar durch die Vorzüge schon errichteter, zu beeinträchtigen. Das reservirte Pfandrecht sey als ein bei dem früheren Eigenthümer errichtetes anzusehen, zumal hier, wo der Vater des Cridars seinen Kindern, zur Sicherheit ihres Erbtheils, ein Pfandrecht ausbedungen habe.

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger §. 69. a. E.

Alle, aus den Zeiten des alten Eigenthümers herrührenden, Pfandrechte, hätten aber einen Vorzug vor den, erst bei dem neuen errichteten.

Schweppe, System des Concurses der Gläubiger 2te Ausgabe §. 69. 1. Mevii, Dec. III. 13. V. 260. Leyser, spec. 485. med. 5. Gmelin, Ordnung der Gläubiger, Cap. 1. §. 3. Hagemann, praktische Erörterungen III. 39. Dabelow, ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse. 6. 351 ꝛc. [3]).

---

3) Vergl. den Rechtsfall im ersten Bändchen S. 76 bis 89. Für das Vorzugsrecht des Pfandrechtes aus den Zeiten des früheren Eigenthümers hat sich das höchste Gericht entschieden und zuletzt noch Hepp in seiner

Die Zweifel, welche die Theorie hiergegen erhebe, würden dadurch beseitigt, daß der Richter, im Falle des Zweifels, der Meinung den Vorzug geben müsse, die der Vernunft und Billigkeit, der Idee und Sicherheit des Rechts, am meisten entspreche.

In dieser Rücksicht könne man in dem vorliegenden Fall, in welchem der Grundsatz, „daß bei einer stattgefundenen Eigenthumsübertragung die Pfandrechte so zu ordnen seyen, als wenn sie alle bei dem neuen Eigenthümer entstanden wären," die Revidentin um das Erbtheil ihrer Eltern, und sogar um den Pflichttheil bringen könne, wohl nicht im Zweifel seyn.

III. Das Pfandrecht der Revidentin gehöre unbestreitbar zu den, wegen der versio in rem privilegirten.

Schweppe a. a. O. §. 70. 2. A.

Das generelle privilegirte Pfandrecht der Ehefrau habe aber mit dem Privilegium in Rücksicht der versio in rem nur gleiche Stärke.

Nov. 97. C. 3. — Schweppe a. a. O. §. 71.

Aus der Nov. 97. C. 3. ergebe sich, daß das Privilegium der versio in rem früher stärker gewesen

---

Abhandlung im vierten Band der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde. Marezoll und v. Wening-Ingenheim S. 37 — 53. „Ist der Pfandgläubiger, welcher ein Pfandrecht an der Sache hatte, bevor dieselbe vom Gemeinschuldner erworben wurde, Separatist?" erklärt.

Anmerk. des Herausg

sey, als das der dos; Justinian habe aber in dieser Stelle verordnet, daß, wenn das Pfandrecht wegen der dos älter sey, als das wegen der versio in rem, alsdann das letztere dem ersteren nicht entgegengesetzt werden, („opponere“) keinen Vorrang vor demselben haben solle. Dadurch seyen beide Privilegien einander gleichgestellt, und der Vorrang derselben nur nach den allgemeinen Grundsätzen, namentlich nach dem Alter und der Oeffentlichkeit, zu regeln.

v. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gemeinen Civilrechts Buch II. §. 158. a. E. u. §. 159. No. 1.

In beider Rücksicht verdiene aber das Pfandrecht der Revidentin den Vorzug [4]). Zur Zeit der Errichtung desselben sey weder eine dos bestellt, noch die Ehe abgeschlossen gewesen, und sie habe den Beweis ihres Pfandrechts durch eine öffentliche Urkunde erbracht, nicht aber die Ehefrau des Gemeinschuldners. Bei der Beurtheilung der Nov. 97. C. 3. dürfe nicht übersehen werden, daß vor den Worten: „volumus

---

4) Das Landrecht der Obergrafschaft Katzenelnbogen hat Theil 1. Tit. 7. §. 3. die ausdrückliche Bestimmung, daß die Ehefrau den älteren vorhandenen Gläubigern, die ausdrückliche und vor Gericht verlegte Pfande haben nachstehen und diese ihr allein in diesem Fall vorgezogen werden sollen.

Vergl. v. Zangen: Ueber weibliche Bürgschaften und Concurssachen. Gießen 1804. S. 191.

Anmerk. des Herausg.

igitur" u. s. w. nur die Frage aufgeworfen werde: ob die Ehefrau dem Gläubiger vorgehe, welcher ein jüngeres Pfandrecht wegen der versio in rem habe; denn, wenn auch die verba decisiva des Unterschiedes zwischen dem späteren und früheren Gläubiger nicht erwähnten; so könne man doch die einzelne Stelle eines Gesetzes nie außer dem Zusammenhang beurtheilen; die Unterscheidung zwischen dem späteren und früheren Gläubiger würde aber gewiß nicht aufgenommen worden seyn, wenn kein Gewicht darauf hätte gelegt werden sollen. Die l. 5. D. (20. 4.) entscheide gegen diese Ansicht nichts, weil sie nur bestimme, daß bei einer versio in rem auf dieselbe Sache der creditor posterior vorgehe, das C. 3. der Nov. 97. aber nur ganz allgemein von dem früheren und späteren Gläubiger rede, ohne dabei die versio in rem auf eine bestimmte Sache im Auge zu haben, wie es auch, da nur über die Stärke der Privilegien der dos und der versio in rem zu entscheiden gewesen sey, nicht anders habe seyn können. Auch der allgemeine und höchst bestrittene Inhalt der l. 12. C. (8. 18.) habe keine Bedeutung; sie sey 8 Jahre älter als die Nov. 97., und wie wenig sie die Absicht habe, dem Pfandrecht der dos einen absoluten Vorrang vor allen übrigen einzuräumen, ergebe sich schon daraus, daß, ohnerachtet ihres allgemeinen Inhalts, das Pfandrecht des Fiscus wegen rückständiger Abgaben unbestreitbar dem der Ehefrau vorgehe, und daß noch 8 Jahre nachher, eine Ent-

scheidung über das Verhältniß der Privilegien der dos und der versio in rem nöthig geworden sey, was, im Falle einer früheren Entscheidung der Frage, ohne allen Zweck gewesen seyn würde. Selbst Thibaut, System des Pandectenrechts, §. 658. 3. gebe in einzelnen Fällen dem Privilegium der versio in rem den Vorzug vor dem der Ehefrau. —

Das Hofgericht zu Gießen fand sich durch diese Gründe nicht bewogen, das früher erlassene, abändernde Erkenntniß aufzuheben, und verwarf das Rechtsmittel der Revision als unbegründet. Die Gründe dieser Verwerfung waren folgende: Die Ehefrau des Cridars sey in den bisherigen Verhandlungen noch nicht als Mitkäuferin des Guts in Anspruch genommen worden, und die Revidentin könne auf diese Eigenschaft der Ehefrau kein Verzugsrecht in dem Concurse ihres Ehemannes begründen. Der Umstand, daß das Pfandrecht der Revidentin von dem früheren Eigenthümer vorbehalten sey, ändere an dem Sachverhältniß nichts, indem zwar der neue Erwerber die, auf der Sache haftenden, Lasten im Allgemeinen nicht beeinträchtigen dürfe, ein gleiches Verhältniß aber auch bei dem früheren Eigenthümer, ohne Eintritt eines Wechsels der Subjecte, stattfinde. Die Streitfrage über das Vorzugsrecht des allgemeinen gesetzlichen privilegirten Pfandrechts der Ehefrau, vor dem wegen einer versio in rem privilegirten, sey nach der Allgemeinheit der Bestimmungen in l. 12. C. (8. 18.) Nov. 97. c. 3., und nach der Allgemeinheit des

Grundes dieser gesetzlichen Vorschriften, zu Gunsten der Ehefrau zu entscheiden.

D.

Zur Interpretation der althessischen Verordnung vom 2. März 1795, insoweit sie die Verbürgungen der Ehefrauen für ihre Ehemänner betrifft. — Ueber die Vermuthung für die Legalität des Richters.

Vom Herausgeber.

---

§. 1.

Einleitung.

J. G. D. in O. Landgerichts L. entlieh im Jahr 1817 von dem Rath V. in M. die Summe von 1200 Gulden und stellte demselben darüber eine öffentliche Schuld- und Pfandverschreibung aus. Die minderjährige Ehefrau des Anleihers verbürgte sich für diese Schuld ihres Ehemannes, nachdem, der gesetzlichen Vorschrift zu Folge, für sie ein Beistand gerichtlich angeordnet, dieser mit seinem Rath gehört worden war und er in das Rechtsgeschäft, als für sie vortheilhaft, eingewilligt hatte und unterzeichnete mit diesem ihrem Beistand die Verschreibung. Das Landgericht L. bestätigte diese:

„Vorstehende, von dem Anleiher genehmigte Pfand- und Schuldverschreibung wird, nachdem der **quoad hunc actum** für die minderjährige Ehefrau des Anleihers bestellte, Beistand S. zu N. erklärt hat, daß er dieses Anlehen für solche räthlich und nützlich halte und hierauf solche denen, dem weiblichen Geschlecht bei Bürgschaften zustehenden, Rechtswohlthaten, nach vorheriger Verlesung deren Inhalts aus vorstehendem Instrument, dessen Erklärung, sowie auch derjenigen eines Verzichts auf solche, entsagt hat, wie beide durch ihre Unterschrift solches bescheinigen.

Als Curator S.

M. E. D. (Ehefrau)

hiermit bestätigt."

Im Jahr 1827 fiel der Anleiher in Concurs. In dem erlassenen Locations-Erkenntniß setzte das Landgericht L. die, ihre Illatenforderung geltend machende, Ehefrau des Gemeinschuldners dem Hypethekargläubiger vor, indem es Letzterem alle Ansprüche an Erstere wegen der Bürgschaft derselben, sowie die Ausführung eines Vorzugsrechts vorbehielt.

§. 2.

Der Rechtsstreit in erster Instanz.

Der Pfandgläubiger erhob hierauf bei dem Landgericht L. eine Klage gegen die Ehefrau des Gemeinschuldners, indem er, sich namentlich auf deren Bürgschaft stützend, darum bat, daß er mit seiner Forddeerung der Beklagten vorzusetzen sey.

5*

Die Beklagte excipirte, indem sie um Abweisung des Klägers bat, dahin, daß ihre Verbürgung ungültig sey, und zwar darum,

1) weil sie zur Zeit derselben minderjährig gewesen sey und in solchem Fall nach dem §. 14. der Verordnung vom 2. März 1795 [1]) zu diesem Akt ein

---

1) Diese, auch im Anhang der Schrift: Ueber weibliche Bürgschaften und Concurssachen, vom Regierungsrath von Zangen zu Langgöns. Gießen 1804. (S. das dritte Bändchen S. 18 ꝛc.) S. 91 bis 99 abgedruckte Novelle, welche von Höpfner entworfen wurde,

Vergl. Wenk Leben und Charakter des verstorbenen Hessen=Darmstädtischen Geheimen Tribunalraths Dr. L. J. F. Höpfner. Frankfurt a. M. 1797 S. 45 Note.

Litterarischer Anzeiger vom Jahr 1800. St. 12. Nr. 200. S. 1970 ꝛc.

und auf deren Abänderung, insoweit sie von den Bürgschaften der Eheweiber handelt, die Stände des Großherzogthums anf dem letzten Landtag von $^{1829}/_{1830}$ angetragen haben,

S. Abschied für die Ständeversammlung des Großherzogthums Hessen in den Jahren 1829 u. 1830 (Regierungsblatt vom Jahr 1830 Nr. 67. S. 393) §. 56.

ist, insoweit sie diese Intercessionen betrifft, des Inhalts:

Zehentens. Wenn eine Frau für die Schulden ihres Ehemannes, es mögen solche Eheschulden oder andere besondere Schulden desselben seyn, eine Verbindung durch Bürgschaft oder auf andere Weise über=

Beistand gezogen werden müsse, der mit Handgelübde verpflichtet werde, im vorliegenden Fall aber diese Verpflichtung unterblieben sey;

---

nimmt, so wird dieselbe dadurch anders nicht verbindlich, als wenn sie dabei zugleich auf die weibliche Rechtswohlthaten behörigen Verzicht leistet.

Eilftens. In Ansehung der Förmlichkeit einer solchen Verpflichtung der Frau für ihren Ehemann, soll die, ohnehin nur auf Vervielfältigung der Eidschwüre hinauslaufende eidliche Verzichtleistung der weiblichen Rechtswohlthaten, wenn solches auch durch bloses Handgelübde an Eidesstatt geschehen wollte, vom dato publicationis dieser Verordnung an, binnen 4 Wochen in Zukunft ganz und gar nicht mehr Statt haben, und die deshalb sonst etwa gewöhnlich gewesene Stelle aus den gedruckten oder geschriebenen Obligationen gänzlich wegbleiben.

So wie dagegen

Zwölftens der rechtsbeständige Verzicht einer Ehefrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten ganz wesentlich voraussetzet, daß diese vorher von dem eigentlichen Inhalt derselben vollständig unterrichtet worden; und dann in eben dieser Absicht allschon in dem, mittels Unserer Fürstlichen Verordnung vom 18. Juli 1776 in Unseren Landen allgemein eingeführten ständigen gedruckten Formular der auszufertigenden Obligationen und Pfandverschreibungen mit deutschen verständlichen Worten gesetzt ist:

„Daß eine auf die — dem weiblichen Geschlecht zu „gut verordnete Rechtswohlthaten verzichtende Ehe„frau hiernach weder der römische Rathschluß, kraft

2) weil sie über die Folgen einer Verzichtleistung auf die sogenannten weiblichen Rechtswohlthaten und

---

„dessen keine Weibsperson überhaupt vor jemand, „noch die besondere Kaiserliche Verordnung, vermöge „deren keine Ehefrau für ihren Mann sich mit Be„stand Rechtens zu verbürgen vermag, noch auch, „daß der Eheweiber Brautgab, Aussteuer und ein„gebrachten Vermögen vor anderen der Ehemänner „Gläubigern und Schulden gestattete Vorzugsrecht „schützen oder schirmen solle."

Also soll anch der Richter

a) diese Stelle insbesondere der verzichtleistenden Ehefrau jedesmalen deutlich vorlesen, ihr solche noch näher erklären, auch sie von den Wirkungen, welche die jetzo geschehende Verzichtleistung nach sich ziehet, hinlänglich belehren, und wann hierauf dieselbe wirklich sich dazu einverstehet, alsdann der von Mann und Frau unterschriebenen Obligation die gewöhnliche Confirmation unter der ausdrücklichen Bemerkung:

„daß die Ehefrau den weiblichen Rechtswohlthaten, „nachdem ihr drren Inhalt behörig vorgelesen und „erkläret, sie auch von den Folgen der deßfallsigen „Verzichtleistung genugsam belehrt worden, entsagt „habe,"

mittels seiner Unterschrift und des Amtssiegels anhängen, solche auch außer der Frauen vorheriger Unterschrift unter der Obligation, von derselben noch besonders unterschrieben, oder Falls sie Schreibens unerfahren, dieses durch drei † darunter bemerken lassen, und daß solche von ihr selbst gemacht werden, abermals eigends attestiren.

der Uebernahme einer Bürgschaft nicht belehrt worden sey und jene, wie diese nicht in die Form ge=

Weil hiernächst

b) eine Ehefrau nicht immer in einer mit ihrem Ehemann gemeinschaftlich ausgestellten Schuldverschreibung, sondern nach Umständen auch wohl in einer andern oder besonderen Verschreibung für denselben intercedirt und dessen Verbindlichkeit übernimmt: so ist auch in einer solchen Urkunde die Erklärung der weiblichen Rechtswohlthaten auf die vorhin gedachte Weise mit deutschen Worten auszudrücken, und es übrigens in diesem Fall mit dem Vorlesen, der sonstigen Belehrung, der wiederholten Unterschrift oder Unterzeichnung der entsagenden Frau, und der Confirmation eben so zu halten, wie in dem sub a) in Ansehung der von einer Ehefrau in einer gemeinschaftlichen Obligation übernommenen Verpflichtung verordnet worden.

Dreizehntens. Blos einer solchergestalt eingerichteten förmlichen Verzichtleistung sind alle rechtliche Wirkungen beizulegen; hingegen werden alle andere, von Zeit der Verkündigung dieser Verordnung an nach 4 Wochen errichtete und sonsten noch so bündig eingerichteten Verzichtleistungen nicht nur für null und nichtig erkläret, sondern auch gegen die hierunter wider die Verordnung fehlenden Beamten die actio subsidiaria dem verkürzten Gläubiger vorbehalten.

Damit aber

Vierzehntens eine noch nicht volljährige Frau von dem Mann nicht überlistet und vervortheilt werde: so soll, so lange sie nicht 25 Jahre alt ist, bei einer von ihr mittelst rechtlichen Verzichtes auf die weiblichen

gossen worden wäre, deren Beobachtung jenes Gesetz bei Strafe der Nichtigkeit vorschreibe;

Rechtswohlthaten geschehenden Verpflichtung, ihr Vater oder in dessen Ermangelung ein mit Handgelübde verpflichteter Beistand zugezogen werden, und dessen Consens erforderlich seyn, derselbe auch in dieser Qualität mit unterschrieben, gegen dessen einmalen ertheilten Consens aber keine restitutio in integrum ex capite aetatis stattfinden, wohl aber gegen den Vormund selbst, wenn er dolose agirt haben sollte, der Regreß offen bleiben.

Fünfzehntens. In allen dahier nicht namentlich ausgedrückten Fällen, oder wo durch diese Verordnung die gemeinen Rechte nicht ausdrücklich aufgehoben worden, bleibt es lediglich bei der Vorschrift der gemeinen Rechte, den vorhandenen Landesordnungen und jeden Orts rechtlichen Gewohnheiten.

„Wir befehlen demnach Unsern nachgesetzten Gerichtsstellen, Ober- und Unterbeamten, adlichen Gerichten und allen denjenigen Personen, die mit Ausfertigung und Confirmation der Contracten und Eheberedungen zu thun haben, daß sie sich nach dieser auf das Wohl Unserer Lande abzweckenden Verordnung in allen Punkten genauest achten."

Das Regierungsblatt Nr. 30. vom Jahr 1819 enthält folgenden Ministerial-Erlaß:

Die Form betreffend, in welcher in den Provinzen Starkenburg und Oberhessen die Verbürgungen der Eheweiber vollzogen werden sollen.

„Man hat schon mehrmals Gelegenheit gehabt zu bemerken, daß bei Entsagung der Eheweiber auf die

3) weil ein Veräußerungsdekret erforderlich gewesen sey, indem sie in der Verzichtleistung und Verbürgung dem Kläger das gesetzliche Pfandrecht verpfändet habe, welches einer Ehefrau zur Sicherheit

---

weiblichen Rechtswohlthaten die Form nicht pünktlich von allen Gerichtsstellen beobachtet worden, welche die, über jenen Gegenstand unterm 2. März 1795 emanirte, unterm 25. März 1812 durch die Großherzogl. Zeitung Nr. 39. von 1812 auf die Souverainitäts- und Entschädigungslande des Großherzogzagthums ausgedehnte und daselbst in concernenten Auszug abgedruckte Allerhöchste Verordnung, namentlich was das wörtliche Vorlesen einer derselben inserirten Stelle aus dem Obligationen-Formular, die nachherige nähere Erklärung der weiblichen Rechtswohlthaten und die doppelte Unterschrift der Unterzeichnung der entsagenden Ehefrau betrifft, vorschreibt"

„Da nun aber besagte Verordnung nicht allein auf die Nichtbeobachtung dieser Form, die Verzichtleistung möge übrigens noch so bündig abgefaßt seyn, die Strafe der Nichtigkeit des ganzen Verbürgungs-Akts setzt, sondern auch dem verkürzten Gläubiger die Regreßklage gegen die fehlende Gerichtsstelle subsidiarisch vorbehält, so sieht man sich veranlaßt, obige Allerhöchste Verordnung bis zu einer neuen Gesetzgebung sämmtlichen betreffenden Gerichtsbehörden zur genauesten, pünktlichsten Befolgung einzuschärfen, und denselben die schweren gesetzlichen Folgen einer Contravention in Erinnerung zu bringen."

„Darmstadt den 10. December 1819."

Vergl. auch das dritte Bändchen S. 18. 19.

ihres Einbringens eingeräumt sey. Ein solches Pfandrecht gehöre in die Classe der unbeweglichen Sachen. Die Bestellung einer Hypothek sey eine Veräußerungsart und ein Minderjähriger dürfe nach gemeinem, durch die Verordnung vom 2. März 1795 nicht aufgehobenem Recht eine unbewegliche Sache ohne Alienations-Dekret nicht veräußern.

Kläger erwiderte hierauf:

1) Sey der Beistand der Beklagten nicht mittelst Handgelübde verpflichtet worden, so würde dieses die Verzichtleistung und Verbürgung nicht ungültig machen, indem der §. 14. der Verordnung die Nichtigkeit nicht androhe. Uebrigens sey anzunehmen, daß derselbe durch Handgelübde verpflichtet worden sey, indem hierfür die, für die Legalität aller gerichtlichen Handlungen streitende, Vermuthung spreche.

2) Die Beklagte sey nach Inhalt der Schuldverschreibung über die Folgen der Verzichtleistung belehrt worden. Auch der Form sey genügt. Allerdings sey die, im §. 12. Satz a der Verordnung vorgeschriebene, Form Bedingung der Gültigkeit der Verzichtleistung der Ehefrau. Allein es werde nicht gefordert, daß die, dort angegebene, Bemerkung durchaus mit den dort vorgezeichneten Worten der Schuldurkunde angehängt werde, indem es genüge, wenn unzweideutig erhelle, daß der Ehefrau die, auf die weiblichen Rechtswohlthaten bezügliche Stelle der Schuldverschreibung deutlich vorgelesen und näher erklärt, sie auch von den Wirkungen eines Verzichts

auf solche hinlänglich belehrt worden sey, und, dem vorgängigen verzichtet habe. Sey dieses geschehen, so sey die Absicht des Gesetzes erfüllt, eine Annahme, welche sich auch aus dem ergebe, was das Gesetz im §. 12. Satz b enthalte.

3) Nur bei Veräußerungen von Gebäuden und Grundstücken drr Minderjährigen, keineswegs aber bei allen andern unbeweglichen Sachen werde ein Veräußerungs-Dekret erfordert. Außerdem folge ein Pfandrecht zur Sicherung einer Illatenforderung als Nebensache der Natur der Hanptsache, sey mithin beweglich. Zuletzt sey ja auch die Pfandbestellung der Ehefrau unter Zuziehung eines Beistandes mit Genehmigung der kompetenten Gerichtsbehörde erfolgt.

Schließlich erklärte Beklagte:

1) Das Gesetz vom 2. März 1795 sey unläugbar eine lex praeceptiva. Darum sey alles, was dagegen unternommen werde, nicht nur nach gemeinem Recht, sondern auch nach dem §. 13. [2]) des Gesetzes

---

2) v. Zangen a. a. O. S. 79. „Der §. 13. ist eine Folge des vorhergehenden und setzt mit Recht die Nichtigkeit auf die, ohne die vorgeschriebenen bestimmten Förmlichkeiten geschehenen Verzichtleistungen. Dieses ist auch den gemeinen Rechten gemäß, nach welchen die Regel gilt: forma actui alicui praescripta et non observata, actus est nullus.

L. 5. Cod. de leg.

L. 85. 44. §. 3. de condit. st domonst.

selbst nichtig. In vorliegendem Fall trete daher eine Nichtigkeit ein, da, der Vorschrift entgegen, der Beistand nicht durch Handgelübde verpflichtet worden sey. Dafür, daß dieses geschehen sey, streite keine Rechtsvermuthung. Eine solche Verpflichtung sey eine positive, den Vorzug, welchen Kläger in Anspruch nehme, begründende Handlung daher von ihm, als dem behauptenden, zu beweisen.

2) Aus den §§. 11. und 13. der Verordnung, insbesondere aus den Worten des §. 11: „In Ansehung der Förmlichkeit" und aus den Worten des §. 13: „Blos einer solchergestalt eingerichteten förmlichen Verzichtleistung" für null und nichtig erklärt," ergebe es sich, daß die Verzichtung einer Ehefrau auf die weiblichen Rechtswohlthaten ein Akt sey, bei welchem eine vorgeschriebene Form beobachtet werden solle, und aus den Worten des §. 12. Satz a „die gewöhnliche Confirmation," „unter der ausdrücklichen Bemerkung, „daß die Ehefrau entsagt habe," gehe hervor, daß diese Form eine Wort- und jene Form seyn solle. Dieser §. 13. knüpfe an deren Nichtbeobachtung ausdrücklich die Nullität des Geschäfts.

Sam. Stryk in annot. ad Lauterbach Lib. 46. tit. 3. verb. essentiale p. 755.

Das Landesgesetz setzt also **insofern** das Sctum Vellej. und die, demselben angefügte auth. si qua mulier etc. in die ursprüngliche Qualität zurück, daß solche als lex prohibitiva anzusehen." —

L) Was das Veräußerungs-Dekret betreffe, so wiederhole er sein früheres Vorbringen mit dem Beifügen, daß der Vormund ohne dasselbe in der Regel gar nicht veräußern dürfe, indem der Begriff einer Veräußerung der Mündelgüter ganz allgemein sey und alles in sich fasse, wodurch der Vormund den Rechten eines Mündels etwas vergebe. Uebrigens seyen die Gegenstände ihres Rechts Grundstücke, indem ein Pfandrecht ein partielles Eigenthumsrecht und deßhalb bei der Veräußerung desselben immerhin ein Veräußerungs-Dekret erforderlich gewesen sey.

Das Landgericht Lichtenberg erkannte unterm 9. December 1828 dahin:

> Kläger habe vorbehältlich des Gegenbeweises zu beweisen:
>
> > daß der, bei der fraglichen Verzichtleistung des Beklagten bestellte Beistand hierzu verpflichtet worden sey.

Die Gründe dieser Entscheidung sind im Wesentlichen dahin ausgesprochen:

Einer wörtlichen Einrückung der, im §. 12. des Gesetzes vom 2. März 1795 enthaltenen Worte bedürfe es nach fester, durch die Entscheidungen des höchsten Gerichts bestätigten, Praxis nicht, indem es genüge, wenn nur im übrigen die Vorschriften beobachtet worden seyen. Eine für ihren Ehemann intercedirende Ehefrau sey verhaftet, wenn sie rechtsgültig auf ihre weibliche Rechtswohlthaten verzichtet habe. Denn in dieser Handlung liege ein Verzicht

auf das ihr gesetzlich zustehende Vorzugsrecht an dem Vermögen ihres Mannes. Diese Verzichtleistung sey aber dem Gesetz gemäß vorgenommen worden. Daß der Beistand der Beklagten verpflichtet worden sey, gehe aus der Schuld- und Pfandverschreibung nicht hervor. Daher habe Kläger dieses, als zu seinem Klagfundament gehörig, um so mehr zu erweisen, als, wenn gleich für die Legalität eines richterlichen Akts die Vermuthung in dem Fall streite, wenn die Voraussetzungen zu deren Gültigkeit gegeben seyen, gerade diese, die geschehene Verpflichtung, nicht aus dem Instrument selbst hervorgiengen. Eines besonderen Veräußerungs-Dekrets bedürfe es nicht. Denn wenn es auch im §. 15. des Gesetzes heiße, daß in allen, nicht namentlich ausgedrückten, Fällen oder wo durchaus die gemeinen Rechte nicht aufgehoben seyen, es lediglich bei dessen Vorschriften, den Landesgesetzen und dem Gewohnheitsrecht bleibe, so sey doch ausdrücklich in §. 14. angegeben, was zur gültigen Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten einer minderjährigen Ehefrau gehöre, dadurch jede andere Norm aufgehoben und so durch das Gesetz die Bestellung des Beistandes, dessen Verpflichtung, Consens und Unterschrift für genügend erklärt.

§. 3.

Zweite Instanz.

Gegen den landgerichtlichen Bescheid ergriffen beide Theile das Rechtsmittel der Berufung an Großherzogliches Hofgericht in Darmstadt.

Die Beklagte glaubte sich aus dem Grund beschwert, weil die, von ihr der Klage entgegengesetzten Einreden nicht beachtet und Kläger nicht unter Verurtheilung in die Kosten abgewiesen worden sey, suchte diese ihre Beschwerde durch ausführliche Erörterung dessen, was sie in der Schlußerklärung vorgetragen, zu begründen und bat um reformirende, die Abweisung des Klägers unter Verurtheilung in die Kosten aussprechende, Entscheidung.

Der Kläger fand sich durch die Beweisauflage beschwert und richtet sein Gesuch dahin, daß reformirend seiner Klagbitte gemäß erkannt werde. Eventuell bat er, daß wenigstens dahin erkannt werde, der Beklagten sey der Beweis nachzulassen, daß der für sie bestellte und zugezogene Beistand nicht gehörig verpflichtet worden sey. Das gemeine Recht erkläre die Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner alsdann für gültig, wenn sie in einem öffentlichen Instrumente geschähen und zum Nutzen der Ehefrau selbst gereichten. Im Fall der Minderjährigkeit genüge die Bestellung eines Curators, mit dessen Einwilligung die Nützlichkeit der Intercession dargethan sey. Diese Erfordernisse seyen bei der hier in Rede stehenden Verzichtleistung und Bürgschaft beobachtet.

Die Verordnung vom 2. März 1795 §. 14. hebe in Bezug auf diese Beistandsbestellung das gemeine Recht nicht auf. Sie befehle zwar, daß bei Intercessionen minderjähriger Eheweiber ein durch Handgelübde verpflichteter Beistand zugezogen werden

solle, allein sie drohe für den Fall der Unterlassung dieser Verpflichtung durch Handgelübde nirgends die Nichtigkeit des Geschäfts an. Stillschweigend derogire ein neueres Gesetz dem älteren nur insoweit, als dieses neben jenem nicht bestehen könne. Uebrigens bestätige der §. 15. jener Verordnung das gemeine Recht noch ausdrücklich, insoweit sie jenes nicht speciell aufgehoben habe. Die V. O. verbinde mit der Einwilligung eines durch Handgelübde verpflichteten Beistandes nur den Vortheil für die Gläubiger, daß sie nie einen Restitutionsgrund ex capite aetatis solle abgeben können, woraus sich der Nachtheil bei der Unterlassung von selbst ergebe. Eine solche Restitution habe die Beklagte nicht angesprochen und dieß auch wegen Ablauf der Restitutionsfrist nicht thun können.

Nach dem Allen sey hier die Frage, ob der gerichtlich bestellte Beistand auch durch Handgelübde verpflichtet worden, zur Begründung der Klage unerheblich und hätte somit nicht Gegenstand einer Beweisauflage seyn können.

Sollte aber auch das Gesetz auf die Unterlassung jener Verpflichtung durch Handgelübde Nichtigkeit der ganzen Handlung geknüpft haben, so spreche doch noch folgendes gegen jene Beweisauflage:

In der gerichtlichen Verzichtleistungsurkunde heiße es nämlich ausdrücklich:

Vorstehende Pfand rc. Verschreibung wird, nachdem der quoad hanc actum für die minder-

jährige Ehefrau des Anleihers bestellte Beistand ꝛc. erkläret hat ꝛc. hiermit bestätigt.

Vermöge der für die Legalität aller gerichtlichen Handlungen streitenden Vermuthung streite auch diese hier dafür, daß der zugezogene Beistand gehörig verpflichtet worden sey. Eine Beweisauflage hierüber sey deßhalb hier nicht gerechtfertigt. Der vom Unterrichter zu deren Rechtfertigung angeführte Grund, daß die Vermuthung zwar allerdings für die Legalität einer gerichtlichen Handlung streite, jedoch nur alsdann, wenn die Voraussetzungen zu deren Gültigkeit vorhanden seyen, daß gerade diese aber, nämlich die hier nöthige Verpflichtung, aus dem Instrumente selbst nicht hervorgehe, enthalte einen inneren Widerspruch. Denn erhelle aus einer gerichtlichen über einen gerichtlichen Akt aufgenommenen, Urkunde, daß der Richter alle einzelnen, vom Gesetz zur Gültigkeit jenes Akts vorgeschriebenen Handlungen und Förmlichkeiten beobachtet habe, so bedürfe es keiner Rechtsvermuthung für die Gesetzlichkeit eines Aktes, weil diese durch die aufgenommene Urkunde vollständig erwiesen sey. Aus demselben Grunde hätte der Unterrichter dem Kläger den Beweis auflegen können und müssen, daß der confirmirende Richter den Beistand von den zu übernehmenden Pflichten in Kenntniß gesetzt habe. So würde zum Beweis der Gültigkeit eines Eides die richterliche Beurkundung im Protokolle, daß die Parthei einen Eid abgeleistet habe, nicht hinreichen, sondern es müßte auch das

Daseyn aller einzelnen Voraussetzungen zur Gültigkeit eines Eides, z. B. das Aufheben des Schwörfingers, das Aussprechen der vorgeschriebenen Schwörformel u. s. w. besonders dargethan werden.

Großherzogliches Hofgericht erkannte (unterm 18. September 1829) dahin, daß die Appellation der Beklagten lediglich zu verwerfen, in Bezug auf die, von dem Kläger ergriffene Berufung aber das unterrichterliche Erkenntniß dahin abzuändern sey:

daß die Beklagte, vorbehältlich des Gegenbeweises, zu erweisen habe,

daß der bei ihrer Intercession für sie bestellte Beistand nicht gehörig verpflichtet worden sey.

Der Referent trug auf Verwerfung der Appellation der Beklagten an. Die erste Beschwerde derselben gehe dahin, daß die Klage nicht aus dem Grund verworfen worden sey, weil sie über ihre weibliche Rechtswohlthaten und die Folgen der Verzichtleistung auf diese nicht belehrt und Verzichtleistung und Bürgschaft überhaupt nicht in die Form eingeschlossen worden sey, welche die Verordnung vom 2. März 1795 §. 12. pos. a vorschreibe.

Diese Verordnung schreibe vor, daß die Schuld-Urkunde unter der ausdrücklichen Bemerkung confirmirt werden solle:

„daß die Ehefrau der weiblichen Rechtswohltha-
„ten, nachdem ihr deren Inhalt behörig vorge-
„lesen und erklärt, sie auch von den Folgen der

„deßfallsigen Verzichtleistung genugsam belehrt „worden, entsagt habe."

Dieser Vorschrift sey genügt, indem aus der Schuldurkunde, in welcher von dem Verzicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten die Rede sey, hervorgehe, daß diese Stelle der Beklagten vorgelesen, erklärt und von ihr auf die, ihr daraus zukommenden Vortheile verzichtet worden sey. Daß jene Formel wörtlich eingerückt werden solle, sey nirgends gesagt [3]) und dann müsse eine Form nur in dem Fall streng beobachtet werden, wenn, was aber die Verordnung nicht ausspreche, die Vernachlässigung die Nichtigkeit androhe.

Die zweite Beschwerde der Beklagten bestehe darin, daß der Unterrichter die weitere Einrede nicht beachtet habe, daß kein Veräußerungsdekret erlassen worden sey. Diese Beschwerde sey aber ungegründet. Unter einem Veräußerungsdekret verstehe man nichts anders, als eine Verfügung des Richters, daß die Veräußerung von Mündelgütern unter richterlicher Mitwirkung oder Oberaufsicht geschehen solle. Wenn nun der Richter den Minderjährigen über die Vortheile belehre, die ihm zustünden und über die Nachtheile, die ihm durch das Aufgeben seines Rechtes

3) Der Referent bezog sich auf ein bereits vorliegendes Präjudiz (in Sachen der Ehefrau des A. P. jun. in Roddau gegen die Kammerassessor M.sche Verlassenschaftsmasse in D.), wornach das Gericht sich dahin entschieden habe, es genüge, wenn der Richter nach dem Sinne der Verordnung gehandelt habe.

erwüchsen, so sey der Richter hinlänglich thätig gewesen. Das Gesetz, welches bei Veräußerung von Mündelgütern im Allgemeinen die Einschreitung des Richters verlange, schreibe für den Fall, wenn sich die Ehefrau, sie möge minderjährig seyn, oder nicht, für ihren Ehemann verbürge, bei der Veräußerung der, ihr zustehenden, Rechte noch besondere Förmlichkeiten vor und da durch Beobachtung derselben die nämlichen Zwecke, wie bei gewöhnlichen Veräußerungsdekreten, erreicht werden sollten, so würde es höchst unpassend erscheinen, nun diesen Förmlichkeiten noch ein gewöhnliches Veräußerungdekret folgen zu lassen. Ein solches genüge bei Eheweibern dem Gesetzgeber nicht. Er schreibe eine besondere Form vor und so müsse man annehmen, daß durch die Verordnung vom 2. März 1595 die früheren Vorschriften über Veräußerungsdekrete für den Fall aufgehoben worden seyen, wenn von der Intercession einer minderjährigen Ehefrau die Rede sey [4]).

Hinsichtlich der **Appellation des Klägers** trug der Referent darauf an, daß, dessen eventuellem Gesuch gemäß, reformirt werde. Er sey mit der Ausführung desselben einverstanden. Der §. 14. der Verordnung bestimme, daß bei Verzichtleistung einer

---

4) Hinsichtlich der dritten, auf die Unterlassung der Verpflichtung des Beistandes gegründeten, Beschwerde der Beklagten bezog sich der Referent auf sein Gutachten über die Beschwerde des Klägers.

minderjährigen Ehefrau ein mit Handgelübde verpflichteter Beistand zugezogen werde, dessen Consens erforderlich sey und dieser als solcher sich mit unterzeichne. In dem vorliegenden Fall heiße es nun in der Urkunde, daß ein Beistand für die minderjährige Ehefrau quoad hunc actum bestellt worden sey. So sey für die Beobachtung der Form, die Bestellung in der Art, wie dieses Gesetz sie vorschreibe, zu vermuthen, da die Gerichte verbunden seyen, die Vorschrift desselben zu beobachten, zu einer gehörigen gerichtlichen Bestellung eines Beistandes aber dessen Verpflichtung durchaus erforderlich sey. Dafür, daß diese stattgefunden habe, streite sonach die rechtliche Vermuthung. Kläger habe daher diesen Umstand nicht zu erweisen, indem es vielmehr Sache der Beklagten sey, das Gegentheil darzuthun.

Der Correferent war gleichfalls der Ansicht, daß die Beschwerden der Beklagten ungegründet seyen, hielt aber auch die Beschwerde des Klägers für ungegründet. Denn die Vermuthung für die Legalität des Richters gehe niemals so weit, daß man auch das als geschehen annehmen müsse und dürfe, was zwar hätte geschehen sollen, aber als geschehen in dem, über die Handlung aufgenommenen Protokoll nicht beurkundet werde [5]). Fehle z. B. un-

---

5) Kind: Quasst. for. edit. 2. Tom. III. Cap. 16. pag. 220.. „Praesumtio juris pro veritate contentorum registraturae ob auctoritatem publicam, qua condita

ter einem Protokoll die Bescheinigung der Vorlesung und Genehmigung, so werde nicht präsumirt, daß solche dennoch erfolgt sey. Ganz dasselbe scheine im vorliegenden Fall angenommen werden zu müssen. Der Verpflichtung des Beistandes erwähne das Protokoll nicht, also könne nicht dafür präsumirt werden, daß sie stattgefunden habe, sie müsse vielmehr dargethan werden [6]. Für wesentlich sey aber diese Verpflichtung durch Handgelöbniß zu halten, weil die Verordnung bestimmt sage, es soll bei einer nicht 25 Jahr alten Ehefrau ein mit Handgelübde verpflichteter Beistand zugezogen werden und dessen Consens erforderlich seyn. Aus dieser ganz deutlichen und bestimmten Vorschrift resultire mit Nothwendigkeit, daß der wirkliche Verzicht ungültig sey, wenn der Beistand nicht mitgewirkt habe oder nicht verpflichtet worden sey, indem ein nicht verpflichteter Beistand rechtlich so gut, wie keiner sey [7].

---

est, tamdiu militat donec ab excipiente contrarium probetur.“

6) Daß die in der Urkunde nicht erwähnten Umstände bewiesen werden müßten, lehrt

Leyser: Med. ad Pand. Sp. 71. med. 10.

und

Berger: Oecon. juris. L. IV. Tit. 6. n. 9.

7) Vergl. bes. v. Langenn und Kori: Erörterungen praktischer Rechtsfragen aus dem gemeinen und sächsischen Civilrecht und Civilprozeß mit Beziehung auf die, darüber vom königl. sächsischen Oberappellations=

§. 4.

Dritte Instanz.

Beklagte ergriff hierauf das Rechtsmittel der Oberappelltion und bat um abändernde Entscheidung dahin,

---

Gericht ertheilten Entscheidungen. Theil 1. Dresden 1829. N. 20. S. 195 — 200.

„In wieweit sind bei gerichtlichen Handlungen des Richters oder der Partheien die im Protokoll oder Dekret nicht ausgedrückten, zur Vollständigkeit und Gesetzmäßigkeit der Handlung gehörigen Umstände, als richtig zu präsumiren?"

Im Eingang dieser Abhandlung, worin die Praxis bei dem Oberappellationsgericht des Königreichs Sachsen beurkundet zu seyn scheint, bemerkt der Verfasser, die Gesetze (Cap. 3. X. de elect. et potest. Cap. 6. X. de rennc. u. s. w.) stellten für gerichtlich vorgenommene Geschäfte die Regel auf, daß für die Legalität derselben die Präsumtion streite. Bei Anwendung dieser Regel seyen aber die Spruchbehörden von verschiedenen Gesichtspunkten ausgegangen und hätten bald solche Theile des Rechtsgeschäftes, welcher in gerichtlichen Protokollen darüber nur generell und nach ihren Resultaten Erwähnung geschehen, ohne die faktische Verhandlung darüber auszuheben, bald solche, zu Rechtsgeschäften gehörige, Umstände, welche das Protokoll gar nicht angedeutet habe, als richtig und beobachtet präsumirt, z. B. die, zum Geschäft erforderliche, Cognition der Sache. Hierauf fährt der Verfasser so fort: „Daß aber in dieser Ausdehnung jene Regel nicht zu verstehen, sondern derselben engere Grenzen zu setzen seyen, werden folgende Argumentr darlegen:

daß Kläger abzuweisen oder wenigstens der Bescheid erster Instanz wieder herzustellen sey. Das höchste

---

„Nach dem Cap. 11. X. de probat. soll der Richter alle Prozeßhandlungen getreu aufschreiben lassen und den Partheien in Abschrifeen mittheilen: ut, si super processu judicis fuerit suborta contentio, per hoc possit veritas declarari. Hat er dieses unterlassen und dadurch die Partheien in Verwickelungen gesetzt, so soll er deshalb vom Obergericht gestraft werden, „;nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis documentis constiterit.“ Damit stimmt auch die Kammergerichtsordnuug vom Jahr 1555 Theil 1. Tit. 28. §. 5. überein. Für nicht processualische gerichtliche Handlungen enthält Cap. 28. X. de test. eine gleiche Vorschrift:

„Et canonica et civilia jura sequentes, districtius inhibemus, ne unius judicis, quantaecumque fuerit auctoritas, verbo credatur in causis, sive super testameutis, sive quibuslibet aliis contractibus quaestio agitetur. Nec scriptum eorum (nisi testium adminiculo fulciatur) eam obtineat firmitatem: quin ei possint et debeant duorum vel trium testium bonorum testimonia praevalere.“

Nach diesen Vorschriften ist also der Richter nicht befugt, von den einzelnen Gegenständen, aus welchen das gerichtliche Geschäft besteht, etwas im Protokoll wegzulassen, weder von dem, was er dabei zu thun hatte, noch von den Verhandlungen der Partheien und das gerichtliche Protokoll soll eine richtige Controle des wirklich Verhandelten abgeben. Vergleicht man nun hiermit die Regel über die Präsumtion der Lega-

Gericht schlug aber (unterm 1. October 1830.) die Appellationsprozesse ab.

---

lität gerichtlicher Handlungen, so ergiebt sich, daß nur dasjenige als richtig präsumirt werden soll, was in dem Protokoll ausgedrückt ist; nämlich so lange, bis das Gegentheil erwiesen wird. Das kanonische Recht folgt hierin, wie die letzte Gesetzesstelle selbst andeutet, dem römischen Recht, wornach überhaupt für die Wahrheit desjenigen, was dis Urkunden ausdrücklich enthalten, die Präsumtion streitet, sollten es auch nur Privaturkunden seyn. Thatsachen hingegen, welche die Gesetze zur Gültigkeit des Rechtsgeschäfts und als Gegenstände specieller Verhandlung erfordern, werden, soweit sie im Protokoll nicht erwähnt sind, als richtig mit verhandelt und festgestellt nicht präsumirt, bis das Gegentheil erwiesen wird, sondern sind durch besondere Beweismittel darzulegen. Wäre z. B. bei einer gerichtlichen Syndikats-Errichtung im Protokoll nicht mit bemerkt, wieviel Glieder die Gemeinheit überhaupt umfasse, und ob zwei Drittheile derselben bei der Syndicats-Errichtung gegenwärtig gewesen, ob bei einer eidlichen Intercession der Ehefrau für ihren Mann im Protokoll unerwähnt geblieben, ob den Frauen das SCtum Vallejanum und die Auth. si qua mulier erklärt worden seyen, ob bei der Veräußerung der Grundstücke Minderjähriger oder der Kirchensachen die richterliche Cognition hinreichender Veräußerungsursachen nicht mit aktenkundig gemacht worden, so läßt sich die Richtigkeit dieser Umstände mit Nichten präsumiren. Selbst die Erwähnung im Instrumente, es sey mit den gesetzlichen Solennitäten gefer-

Das Gutachten des Referenten beschäftigt sich mit den, durch die Oberappellation angeregten, Fragen:

1) ob die Verbürgung einer Ehefrau, für ihren Mann und ihre Verzichtleistung auf die weiblichen Rechtswohlthaten gültig sey, wenn ihr die Folgen dieses Verzichtes zwar ganz nach Vorschrift der Verordnung vom 2. März 1795 erklärt worden, in der gerichtlichen Attestation aber nicht genau dieselben Worte, deren sich das Gesetz bedient, gebraucht seyen?

2) ob zur gültigen Verbürgung einer noch minderjährigen Ehefrau außer der, in dieser Verordnung im §. 14. vorgeschriebenen Einwilligung ihres Vaters oder, in dessen Ermangelung, eines ihr bestellten Beistands auch noch ein decretum alienandi erforderlich sey?

---

tigt, reicht nicht aus, sondern die einzelnen Solennitäten sind auszudrücken."

„Nur die Präsumtion allgemeiner Bedingungen und Voraussetzungen von Umständen, welche auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts Einfluß haben, tritt bei gewöhnlichen Verhandlungen eben so ein, wie bei blosen Privatgeschäften, z. B. die Fähigkeit der Partheien, Rechtsgeschäfte überhaupt einzugehen, die Fähigkeit oder Kompetenz des Richters, des Aktuars oder Notars zu dem in dem Protokolle oder Instrumente enthaltenen Geschäfte."

Siehe auch noch: Linde Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. Dritte Ausgabe. Bonn 1831. §. 84.

3) ob die, für die Gesetzmäßigkeit richterlicher Handlungen streitende Vermuthung so entscheidend sey, daß sie in vorliegendem Fall den Kläger von dem Beweise der behaupteten Verpflichtung des gerichtlich bestellten Beistandes befreien und die Beklagte mit dem Beweise des Gegentheils belasten könne?

Die erste Frage sey zu bejahen. Allerdings ziehe die Versäumung der, in den §§. 10 — 13 jener Verordnung enthaltenen Bestimmungen die Nichtigkeit der, von der Frau eingegangenen Verbindlichkeit nach sich. Allein mit welchen Worten dieß Alles ausgedrückt und bezeugt werde, sey der Natur der Sache nach völlig gleichgültig. Nur eine besondere Bestimmung des Gesetzes, daß gewisse vorgeschriebene Worte buchstäblich und bei Vermeidung der Nichtigkeit zu gebrauchen seyen, würde eine Abweichung von derselben als Grund der Ungültigkeit des Geschäfts betrachten lassen. Da indessen jene Verordnung eine solche Bestimmung, welche unstreitig sehr unzweckmäßig auf blose Formen und Silbenstecherei hinauslaufen und dem materiellen Recht keineswegs förderlich seyn würde, nirgends enthalte, vielmehr im §. 13. nur im Allgemeinen sage, daß einer „solchergestalt eingerichteten,“ also nicht blos einer, mit diesen nämlichen Worten gegebenen Verzichtserklärung rechtliche Wirkung zukommen solle, so sey es gewiß, daß eine jede Fassung, wenn nur die Beobachtung der, als wesentlich angedeuteten Punkt, daraus hervorgehe, was in gegen-

wärtiger Sache allerdings der Fall wäre, geeignet sey, eine rechtliche Verbindlichkeit der intercedirenden und verzichtenden Ehefrau zu begründen, und die, dabei gebrauchten Worte und Wendungen etwas völlig Gleichgültiges seyen [8]).

---

8) Diese Ansicht, fügte der Referent hinzu, sey von diesem obersten Gericht schon in einer andern Sache (der schon von dem Referenten bei Großherzogl. Hofgericht namhaft gemachten) durch Erkenntniß vom 13. Juni 1826 angenommen worden und in dem ganzen Zusammenhang und Zweck der Verordnung, sowie in allgemeinen Rechtsprinzipien nothwendig begründet.

Vergl. übrigens noch den „Bericht des zweiten Ausschusses" (der zweiten Kammer der Stände des Großherzogthums auf dem letzten Landtng der Jahre 1829 und 1830) „über den Antrag der Abgeordneten Müller und Ernst Emil Hofmann, die Abänderung der höchsten Verordnung vom 2. März 1795 hinsichtlich der Bürgschaften der Ehefrauen betr., erstattet von dem Abgeordneten Schenk, Hofgerichtsrath." (Verhandl. der zweiten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen im Jahr 1829 u. 1830. Beilagen Bd. 1. S. 449 — 456.) S. 452. 453. „Unwesentlich und leere Form scheint folgendes zu seyn:

1) Daß rc.

2) Daß der Akt der Erklärung und Verzichtleistung gerade mit den Worten zu attestiren ist, wie dieß die Verordnung vorschreibt." — — — — — „Der zweite Punkt dieser Vorschrift erscheint dagegen durchaus nur als eine leere Form, weil darauf nichts ankommen kann, mit welchen Worten die Er=

Die zweite Frage sey zu verneinen. Die Uebernahme einer Schuld oder einer Bürgschaft und die

---

klärung und Verzichtleistung bemerkt ist, vielmehr es hinreicht, daß von dem Beamten es attestirt wird, daß die Vorlesung und Erklärung der weiblichen Rechtswohlthaten geschehen, daß die Ehefrau auch von den Folgen der Verzichtleistung belehrt worden sey und daß sie alsdann verzichtet habe."

„Auch scheint eine Verzichtleistung deswegen nicht ungültig zu seyn, weil die erwähnte Attestation nicht mit den Worten der Verordnung geschehen ist, wiewohl nicht geläugnet werden kann, daß die Großherzogl. Gerichte diesen Gegenstand nicht immer nach dieser Ansicht beobachtet haben."

S. auch noch die Verhandlungen in der zweiten Kammer Band 1. Protokolle S. 741 — 750. „Der Abgeordnete Schenk (Hofgerichtsrath.) — Bei Abfassung des Ausschußberichtes — sey man von der Voraussetzung ausgegangen, daß die Frage, ob eine Verzichtleistung nichtig sey, wenn die Bestätigungs-Urkunde nicht gerade dieselben Worte der Verordnung enthalte, von den höheren Gerichten nicht gleich beantwortet worden sey. Indessen habe er hierüber nähere Erkundigung eingezogen und erfahren, daß das höchste Tribunal namentlich in Sachen der Ehefrau des Adam Pfeil zu Rodau gegen die Assessor Merkische Verlassenschaft bestimmt die Meinung angenommen habe, daß es keineswegs als eine Nichtigkeit betrachtet werden könne, wenn die Bestätigung nicht gerade mit denselben Worten geschehe, welche die Verordnung gebrauche, daß es vielmehr hinreichend sey,

bei Frauen zur vollen Wirksamkeit einer solchen erforderliche eventuelle Entsagung auf die ihnen deshalb zustehenden Einreden und Vorzugsrechte, könne gar nicht als eine wirkliche Vermögensveräußerung betrachtet und in keiner Hinsicht unter diesen Gesichtspunkt gebracht werden.

Die intercedirende Ehefrau überlasse nämlich keineswegs die ihr zustehenden Pfand- und Vorzugsrechte dem Gläubiger, dem sie hafte; auch gebe sie diese Rechte keineswegs auf, sie entäußere sich derselben nicht, sondern sie mache sich nur anheischig, im Falle ihrer Geltendmachung sich nicht derjenigen Einreden nnd Rechtswohlthaten zu bedienen, welche die Gesetze den intercedirenden Frauen sonst gestatteten, um sich damit gegen, vielleicht ohne reifliche Ueberlegung eingegangenen, Verbindlichkeiten zu schützen. Es sey somit hier von keinem actus, per quem dominium transfertur, wie die L. 1. Cod. de fundo dot. die alienatio definire, sondern von der Uebernahme persönlicher Obligationen gegen einen dritten die Rede. Die hier vorkommende Frage sey mithin nicht die, was zu einer gültigen Veräußerung der Sachen Minderjähriger gehöre, sondern lediglich die, auf welche Art sich Minderjährige überhaupt durch

wenn nur alles dasjenige bezeugt werde, was die Verordnung bezeugt haben wolle." Nach einer Bemerkung des Abgeordneten, Hofgerichtsraths Müller S. 750. hatte das höchste Gericht früherhin die Verordnung auf die entgegengesetzte Art ausgelegt.

Verträge verpflichteten und wie insbesondere minderjährige Ehefrauen mit rechtlicher Wirkung für ihre Männer sich verbürgen könnten?

In Betreff dieser Frage finde sich die Bestimmung im §. 14. der mehrerwähnten Verordnung. Hiernach sey also in dem gegenwärtigen Falle ein Veräußerungsdekret nicht erfordert, so wenig als ein solches überhaupt nöthig sey, wenn ein Minderjähriger mit Zustimmung seines Vormundes einen Vertrag abschließe, wodurch er persönliche Verbindlichkeiten contrahire und möglichen Einreden desfalls im Voraus entsage.

Zudem enthalte ja die Schuldverschreibung die Bemerkung, daß der Beistand die Aufnahme des Capitals für die Ehefrau nützlich und räthlich gehalten habe, sowie die Unterzeichnung jenes Beistandes in seiner Eigenschaft als Kurator.

Die dritte Frage endlich sey zu bejahen. Die Ansicht, nach welcher die Vermuthung für die Legalität des Richters niemals so weit gehe, daß man auch das als geschehen annehmen müsse und dürfe, was zwar hätte geschehen sollen, aber als geschehen in dem über die Handlungen aufgenommenen Protokoll nicht beurkundet worden, sey falsch. Denn wenn alles, was zur Förmlichkeit und Gültigkeit einer gerichtlichen Handlung gehöre, auch als beobachtet besonders und im Einzelnen bewiesen seyn müsse, so bedürfe es keiner Vermuthung für diese Beobachtung mehr und jene Regel würde (Vergl. Gensler Com-

mentar zu Martins Lehrbuch des bürgerlichen Prozesses Theil 1. §. 60. [9]) keine Bedeutung und keinen Zweck haben, ein leerer Schall seyn.

Den vorliegenden Fall nun betreffend, so sey erwiesen, daß für die Beklagte ein besonderer Beistand gerichtlich angeordnet, daß derselbe mit seiner Meinung gehört, und von ihm in das Geschäft als vortheilhaft für die Ehefrau eingewilligt, auch überhaupt zu dessen Abschließung nach Vorschrift der Verordnung vom 2. März 1794 mitgewirkt worden sey.

---

9) „Wenn eine Gerichtshandlung der äußeren Form nach als legal vollzogen und beurkundet vorliegt, so ist nicht nur

1) überhaupt die Wahrheit ihres Herganges zu vermuthen, sondern es werden auch

2) die sogenannten materiellen oder inneren Solennitäten gleichfalls als beobachtet vermuthet, z. B. wenn das Protokoll äußerlich formgerecht ist, so wird die Vorlesung als geschehen präsumirt, ist sie auch nicht in dem Protokoll angedeutet, oder, wenn das decretum de alienando vorhanden und äußerlich formgerecht ist, so wird vermuthet, die causae cognitio sey ihm vorausgegangen."

Vergl. noch Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß mit Bezug auf Martins Lehrbuch. München 1828. S. 97. „Auch wird im Zweifel vermuthet, daß das Gericht nichts außer Acht gelassen hat, was zur Gültigkeit eines Aktes wesentlich nothwendig ist."

Hiernach sey der legale Hergang des Intercessions-Aktes der äußeren Form nach dargethan. Da es aber sowohl nach gedachter Verordnung, als gemeinrechtlich zu der inneren Rechtsbeständigkeit einer solchen Curatelanordnung und Ausübung erforderlich sey, daß der bestellte Curator gehörig verpflichtet sey, so müsse, vermöge der pro legalitate judicis streitenden Vermuthung, in substrato auch angenommen werden, daß der Richter, indem er den von dem Gesetz verlangten Beistand wirklich berufen, ganz nach dem Willen des Gesetzes gehandelt, denselben also auch gehörig in Pflichten genommen haben werde.

Diese Vermuthung für des Richters legale Handlungsweise sey aber auch der Natur der Sache und den Bedürfnissen des rechtlichen Verkehrs vollkommen entsprechend; die entgegengesetzte Meinung würde nur die Zuverlässigkeit gerichtlicher Akte stetem Zweifel und Angriffen aussetzen und der Chikane einen Rückhalt verschaffen.

E.

Ueber den Rückfall der dos profectitia nach dem Tode der Tochter an den Vater in dem Fall, wenn Kinder aus der Ehe derselben vorhanden sind.

Vom Accessisten Reinhard Frank zu Gießen.

§. 1.

Geschichtserzählung.

Im Jahr 1822 verheirathete der Bäcker J. S. in Sch. seine Tochter, indem er sie ausstattete, an dem dasigen Metzger J. P. Der gerichtliche Ehevertrag, worin die Brautgabe bedungen worden war, enthält zugleich die Bestimmung:

> daß auf den kinderlosen Sterbfall der Bräutigam der Braut 100 fl., die Braut dem Bräutigam aber 50 fl. zum ehelichen Andenken vermache und daß der Ueberlebende, so lange er im Wittwenstande bleibe, alles beigewandte und errungene Vermögen nutznießlich behalten, nach dessen Tod oder weiterer Verheirathung aber der Antheil des zuerst Verstorbenen an dessen nächsten Erben zurückfallen solle.

Kurz nach Eingehung der Ehe verstarb die Frau des P. mit Hinterlassung eines Kindes, welches bald darauf ebenfalls mit Tod abgieng.

§. 2.

Verhandlungen in erster Instanz.

Später trat der Bäcker J. S. bei dem Landgericht Sch. gegen seinen Schwiegersohn J. P. klagend auf.

Da seine Tochter, so wie das von ihr hinterlassene Kind verstorben sey, so stehe ihm, nach der Bestimmung des römischen Rechts, die Befugniß zu, die seiner Tochter bestellten dos zurück zu fordern. Er bitte daher, da der Beklagte die Rückgabe verweigere, ihn dazu für schuldig zu erkennen.

Der Beklagte erwiderte:

Die Gesetzesstellen des corp. j. civ., worauf sich Kläger stütze, fänden hier um deßwillen keine Anwendung, weil sie sich auf die altrömische väterliche Gewalt gründeten. Die Rückforderung der dos profectitia sey daher lediglich durch die väterliche Gewalt bedingt, finde aber keineswegs dann statt, wenn die Tochter, relictis liberis, emancipirt versterbe. Durch Eingehung einer Ehe trete die Tochter aus der Gewalt und Familienverbindung des Vaters und gehe in die des Mannes über. Hierfür spreche sowohl die heutige Praxis, als auch die Natur der Sache und die Abweichung der jetzt geltenden Grundsätze von denen des römischen Rechtes. Unter den Ehegatten trete ferner, nach einer Rechtsvermuthung, durch Geburt von Kindern eigentliche Gütergemeinschaft ein, weshalb denn die dos aufhöre, eine solche zu seyn und nicht zurückgefordert werden könne. Auch stehe die

Klage mit den Grundsätzen unseres Erbrechts in auffallendem Widerspruch, da nach dem Ableben der Aeltern die ehelich geborenen Kinder denselben unbedingt succedirten, sie möchten nun noch unter elterlicher Gewalt stehen, oder nicht. Es habe daher nach Nov. 118. cap, 1. das von der Tochter des Klägers hinterlassene, später aber verstorbene, Kind seine Mutter ab intestato als nächster Descendent beerbt und es unterliege keinem Zweifel, daß nach dessen Tod der Vater, also er, der Beklagte, als nächster Ascendent dasselbe beerbe. — Hiernach stelle sich also die erhobene Klage überall als völlig geundlos dar.

Replicando führte Kläger aus:

Es unterliege keinem Zweifel, daß nach römischen Rechtsgrundsätzen dem Vater unbedingt das Recht zustehe, bie dos prof. zurück zu verlangen; selbst, wenn die Tochter mit Hinterlassung von Kindern emancipirt in der Ehe verstorben sey. Wenn auch gleich die römische Emancipation durch die deutschrechtliche Aufhebung der väterlichen Gewalt, wie durch separirte Oekonomie von Seiten des Sohnes und durch Heirath von Seiten der Tochter, fast gänzlich verdrängt worden sey, so könnten doch die damit verknüpften Folgen in Beziehung auf die dos nicht als aufgehoben angenommen werden und es stehe daher dem Vater immer das Zurückforderungsrecht zu, zumal, da die dos nur nach romischrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden könne. In Bezug auf die Behauptung des Klägers, daß durch Geburr von Kindern, nach

einer Rechtsvermuthung, Gütergemeinschaft eintrete und deshalb die dos nicht reklamirt werden könne, müsse man erwidern, daß das Institut der Gütergemeinschaft nicht gemeinrechlich sey und ihre Entstehung sich nicht auf Vermuthung, sondern auf Gesetz oder Vertrag gründe. Ferner sey zu bedenken, daß durch Heirath der Tochter keineswegs die Familienverbindung zwischen ihr und dem Vater, sondern blos die Folgen der väterlichen Gewalt aufhörten, und daß, wenn gleich nach allgemeinen Grundsätzen des Erbfolgerechts den Ascendenten die Beerbung ihrer Descendenten zustehe, in substrato hiernach dennoch nicht entschieden werden dürfe, weil für den vorliegenden Fall gesetzlich bestimmt worden sey, der pater familias solle die dos prof. nach dem Tode der dotirten Tochter unbedingt zurückfordern können, selbst wenn Kinder aus der Ehe vorhanden seyen. Es könne ja ohnehin auch nur das Eigenthum des Verstorbenen in das Eigenthum des Erben übergehen, mithin nicht die dos prof. welche nicht sogleich Eigenthum der Tochter werde.

In der Duplik brachte der Beklagte vor:

Diejenigen Gesetzesstellen, wonach die dos zurückverlangt werden könne, selbst wenn die Tochter emancipirt sey, enthielten nur Bestimmnngen des alten römischen Rechts. Da nun die Grundsätze der römischen patria potestas und der emancipatio keine Anwendnng mehr fänden, so könnten die Folgen daraus natürlich auch nicht mehr die nämlichen seyn.

Durch den Gerichtsgebrauch, die Ansicht der neueren Rechtslehrer und durch stattgehabte Staatsveränderungen, sowie durch die von den römischen Sitten verschiedenen Gebräuche der Deutschen habe dieser Gegenstaud eine andere Gestalt erhalten, wonach das ältere römische Recht nicht mehr entscheiden könne.

§. 3.

Entscheidung des Gerichts erster Instanz nebst Entscheidungs-Gründen.

Das Landgericht erkannte hierauf unterm 25. Oktober 1828:

daß der Kläger ab- und zur Ruhe verwiesen werde,

und motivirte dieses Erkenntniß durch folgende Entscheidungsgründe:

Nach römischen Gesetzen, namentlich der **L. 6. cod. de jure dotium**, stehe zwar dem Vater ein ausschließliches Klagerecht auf Rückgabe der von ihm bestellten Brautgabe nach dem Ableben der Tochter selbst dann zn, wenn letztere Kinder zurückgelassen habe; allein von diesem Grundsatze weiche die heutige Praxis [1]) ab, da nach deutschem Rechte durch Verehelichung der Tochter der in dieselbe einwilligende Vater

---

1) Vergl. über die Praxis des Ober-Appellationsgerichts in Cassel. Canngiesssr: Collectio notab. decis. supr. trib. Hasso-Casell. Tom. 1. Decis. 81. „Ex usu fori repetitio dotis profectitiae, liberis superstitibus cessat.“ Anmerk. des Herausg.

die väterliche Gewalt verliere, indem erstere in die Gewalt ihres Mannes übertrete und die vom Vater bestellte Brautgabe keineswegs mehr als dos prof., sondern nur als ein, der sich verehelichten Tochter gehöriges, Vermögen betrachtet werden könne, welcher Grundsatz deshalb unumschränkte Anwendung finde, weil seine Existenz früher begründet gewesen, als das römische Recht recipirt worden sey.

§. 4.

Verhandlungen in zweiter Instanz.

Gegen dieses landgerichtliche Erkenntniß ergriff der Kläger das Rechtsmittel der Berufung an Großherzogl. Hofgericht zu Gießen und versuchte dessen Rechtfertigung, unter Bezugnahme auf das von ihm in den Voracten bereits angeführte, durch eine Widerlegung der Entscheidungsgründe des unterrichterlichen Urtheils. Er bemerkt folgendes: Durch Verheirathung trete die Tochter zwar aus der patria potestas, allein damit höre keineswegs alle Familienverbindung zwischen ihr und dem Vater auf; vielmehr cessirten nur die Wirkungen der väterlichen Gewalt hinsichtlich der Person. Bei Beurtheilung der dos kämen die römischrechtlichen Grundsätze zur Anwendung, weil dieses Institut den Deutschen vor der Reception des fremden Rechts völlig unbekannt gewesen sey. Die dos prof. könne hiernach, selbst wenn Kinder aus der Ehe vorhanden seyen, nach dem Tode der Tochter, auch wenn sich dieselbe nicht mehr in der väterlichen Gewalt befinde, vom Vater zurückver-

langt werden. Daher dürfe denn auch die dos prof. nicht als eigenes Vermögen der Frau nach der Verheirathung gelten, sondern sie bleibe dos und müsse nach römischem Recht beurtheilt werden. Ein entgegengesetztes Gewohnheitsrecht lasse sich hier nicht denken, da Richtersprüche, gegen ausdrückliche Bestimmungen positiver Gesetze anlaufend, nicht zu rechtfertigen seyen. Das römische Recht bestimme ausdrücklich, daß selbst liberis superstitibus der Vater die von ihm bestellte dos reclamiren könne. Auch könne ja blos dann von einer wirklichen Beerbung die Rede seyn, wenn sich der Nachlaß im Eigenthum des Erblassers befinde. Da nun aber der Vater Eigenthümer der dos bleibe, so müsse solche nach der Tochter Tod auch an ihn zurückfallen.

Der Appellant stellt hiernach die Bitte:

die nnterrichterliche Entscheidung zu reformiren und der Klagbitte gemäß zu erkennen.

§. 5.

Entscheidung in zweiter Instanz und Gründe derselben.

Das Obergericht erkannte hierauf am 15. Juli 1829:

daß die Berufung als unbegründet zu verwerfen und die sententia a qua zu bestätigen sey.

Der die Enscheidungsgründe enthaltende, dem Collegium erstattete, schriftliche Vortrag beschäftigt sich mit Beantwortung der, durch Collision des römischen mit dem deutschen Rechte entstandenen, Streitfrage,

ob und inwiefern eine Klage auf Zurückgabe der dos nach dem Tode der Tochter von Seiten des Vaters überhaupt begründet sey, und verbindet hiermit für den vorliegenden Fall die Erörterung der weiteren Frage, ob jene Klage in concreto statthaft erscheine. Der Referent führt deßfalls aus:

Nach römischem, namentlich dem neuesten justinianischen Recht und der fast allgemein von unseren neueren Rechtslehrern angenommenen Ansicht erscheine die erhobene Klage allerdings begründet; denn nach ausdrücklicher Bestimmung des römischen Rechtes, insbesondere nach

L. 7. de evict. 21. 2.
L. 5. de divort. 24. 2.
L. 10. pr. L. 59. solut. matrim. 24. 3.
L. 17. ad S. C. Maced. 14. 6.
L. 6. pr. de jur. dot. 23. 3.

stehe dem Besteller der dos prof., ohne Rücksicht darauf, ob Kinder von der Tochter vorhanden seyen, oder nicht, nach der letzteren Tod immer das Recht zu, die dos zurück zu fordern, möge nun die Tochter filia familias, oder filia emancipata seyn.

cfr. Thibaut Pand. Syst. Bd. I. §. 490.
v. Wening-Ingenheim Lehrb. des Civ. Rechts Buch IIII. §. 42.

Es sey daher das Vorbringen des Beklagten, daß die patria pot. mit ihren Wirkungen heutzutage wegfalle, ganz irrelevant, da auch nach röm. Rechte die filia fam. bei ihrer Verheirathung aus der patria pot. ih-

res Vaters trete und in manum mariti komme, oder, falls dieser selbst homo alieni juris sey, in die potestas desjenigen, in dessen Gewalt ihr Ehegatte stehe.

Das weitere Vorbringen des Beklagten, es widerspreche dieses Zurückforderungsrecht dem neuesteu justinianischen Erbrecht, namentlich der Nov. 118., sey ebenfalls ungegründet; denn nach dieser Nov. könnten die Kinder bloß dasjenige von ihren Aeltern erben, was diesen bei ihrem Tode eigenthümlich zugestanden habe; die dos sey nun aber nicht Eigenthum der Frau, sondern erscheine vielmehr als revocabeles Eigenthum des Mannes.

Die von dem Beklagten behauptete eheliche Gütergemeinschaft, welche mit dem Geborenwerden von Kindern unter den Ehegatten eintreten solle, könne hier eben so wenig entscheiden, da dieselbe blos in Beziehung auf irrevocabeles Eigenthum der Ehegatten von Wirkung seyn könne. Auch werde deren Existenz, als durch kein Gesetz geboten, hier nicht vermuthet, bedürfe vielmehr, als durch besondere Vorgänge constituirt, des Beweises.

In Berücksichtigung dieser allgemeinen Grundsätze würde nun die Klage als begründet anzunehmen seyn, wenn nicht in den mit der Klage beigebrachten Ehepakten verordnet wäre:

„Auf den kinderlosen Sterbfall vermacht der Bräutigam der Braut 100 fl., die Braut dem Bräugam aber 50 fl. zum ehelichen Andenken, und „soll der Zuletztlebende, so lange er im Witt-

„wenstand bleibt, alles beigewandte und errun„gene Vermögen ꝛc. nutzlieslich behalten, nach „dessen Tod, oder weiteren Verheirathung aber „der Antheil des zuerst Verstorbenen an dessen „nächsten Erben wieder zurückfallen.“

Da nämlich die

L. 26. §. 2. de pact. dot. (23. 4.)

ausdrücklich bestimme:

„Cum inter patrem et generum convenit, ut, in „matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri „restituatur: id actum inter contrahentes intel„ligi debet, ut, liberis superstitibus „filia defuncta, dos retineatur.“ —

so folge hieraus für den vorliegenden Fall, daß, da die Ehefrau des Beklagten mit Hinterlassung eines Kindes gestorben sey, deren Vater die dos nicht reklamiren könne.

Der Referent stellt seinen Antrag hiernach dahin:

unter besonderer Berücksichtigung der L. 26. §. 2. D. 23. 4. den Landgerichtsbescheid lediglich zu bestätigen.

Bei der Berathung war das Collegium einstimmig der Meinung, daß, obgleich in seiner Rechtssprechung die Streitfrage:

ob ein Rückfall der dos prof. nach dem Tode der Tochter auch dann an den Vater stattfinde, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden seyen?

bejahend entschieden sey, dennoch in dem vorliegendem Falle, wegen der eintretenden besonderen Ver-

hältnisse, mit Bezug auf die allegirte L. 26. §. 2. D. de pact. dot. und die im Vortrage des Referenten angezogene Bestimmung des vorliegenden Ehepakts, die Berufung als unbegründet zu verwerfen und die unterrichterliche Sentenz zu bestätigen sey.

IV.

Kurzgefaßte Rechtsfragen und Rechtssätze.

Vom Herausgeber.

A.

Der Schlußsatz des §. 1. der provisorischen Oberappellationsgerichts-Ordnung vom 5. August 1804 ist dahin auszulegen, daß das Streitobject alsdann appellationsfähig ist, wenn streitige Zinsen für sich allein die appellabele Summe betragen und Gegenstand der Appellationsbeschwerde sind, daß jedoch die formelle Zulässigkeit der Appellation in einem solchen Fall davon, daß jene Beschwerde ausschließlich jene Zinsen zum Gegenstande habe, keineswegs abhängig ist, indem dadurch, daß die Beschwerde sich auch

noch auf andere Punkte erstreckt, der Werth des Streitobjects in keinem Fall vermindert wird und also eine Sache, welche die appellationsfähige Größe hat, hierdurch diese Eigenschaft nicht verlieren kann [1]).

In Sachen der Erben des Schultheißen Dallmus zu Hüffenhard im Badischen, Kläger, gegen den Stadtpfarrer G. in W. Beklagten, wendeten Erstere, welche gegen den Letzteren eine Forderung von 330 Gulden an Capital nebst Zinsen in ungefährem Betrag von 500 Gulden bei Großherzogl. Hofgericht in Darmstadt geltend gemacht hatten, gegen eine Entscheidung dieses Gerichts vom 31. März 1828 bei demselben das Rechtsmittel der Berufung ein. Dieses Gericht dekretirte unterm 23. Mai 1828 dahin, daß der, von den Klägern eingewendeten Berufung darum nicht deferirt werden könne, weil der Streitgegenstand capitaliter nur 330 Gulden [2]) betrage und

---

1) So ist das von Großherzogl. Oberappellationsgericht auf Veranlassung dieses Rechtsfalls angenommene Präjudiz redigirt.

2) Nach dem §. 1. der provisorischen Oberappellations-Gerichtsordnung beträgt die appellabele Summe 200 fl. Allein durch die Verordnung vom 18. Januar 1807 wurde sie auf 400 Gulden erhöht.

S. Hessen-Darmstädtische Civil-Prozeßordnung v. Jahr 1724. Neue Auflage mit Supplementen. Darmstadt 1830. S. 207.

der Umstand, daß die rückständigen Zinsen, diese über das alterum tantum gerechnet, die Appellationssumme überstiegen, darum unerheblich sey, weil er nach dem §. 1. der Verordnung vom 5. August 1804 [3]) nur dann berücksichtigt werden dürfe, wenn die Zinsen für sich allein den Gegenstand der Beschwerde ausmachten, was in vorliegender Sache nicht der Fall sey.

Gegen diese Verfügung wendeten sich die Kläger beschwerdeführend an Großherzogl. Oberappellationsgericht. Sie beruhe auf einer unrichtigen Auslegung der fraglichen Gesetzesstelle. Denn es werde darin ausdrücklich von einem Mitgerechnetwerden gesprochen. Dieses Mitrechnen sey aber nicht gleichbedeutend mit Zusammenrechnen der Zinsen oder Nutzungen nebst der Capitalsumme. So wenig in der Berechnung, als in der Verfolgung der Capitalzinsen und Nutzungsansprüche solle und könne hier die absolute Scheidung stattfinden, wie sie der Unterrichter annehmen zu müssen geglaubt habe. In der That müsse es schon der Natur der Sache nach äußerst bedenklich seyn, den Zinsen, etwas accidentuellen, einen gewissen Vorzug einräumen zu wollen, wenn sie isolirt erscheinen, und dieses nicht zu thun, wenn der Gläubiger gewissermaßen das Unglück habe, seine Beschwerde wegen der Zinsen auch auf das Capital ausgedehnt zu sehen. Es würde dann um Capital und Zinsen zugleich geschehen seyn. Gewiß habe der

---

3) S. viertes Bändchen S. 192 Note 3.

Gesetzgeber an jener Stelle dieses nicht aussprechen wollen, was um so weniger anzunehmen sey, da diese Stelle nicht unbedingt laute und nur die Regel ausspreche.

Hierauf erließ Großherzogl. Ober-Appellationsgericht unterm 19. Juni 1828 folgendes Rescript an Großherzogl. Hofgericht: „Unter Beziehung auf das beifolgende Duplikat der in obiger Sache bei uns angebrachten außergerichtlichen Beschwerde bemerken wir Ihnen zur Nachachtung, daß der §. 1. der provisorischen Oberappellationsgerichts-Ordnung vom 5. August 1804 nach der Praxis unsers Tribunals dahin auszulegen ist, daß Zinsen, wenn sie für sich allein 400 fl. oder mehr betragen und Gegenstand einer Beschwerde sind, allerdings auch dann bei der Berechnung der Summe in Anschlag kommen müssen, wenn mit der ergriffenen Berufung noch weitere Beschwerden verfolgt werden, deren Gegenstand die Appellationssumme nicht erreicht.“

B.

Strafe des handwerksmäßigen Bettelns durch Uebersendung von Bettelbriefen.

J. S. aus Darmstadt, schon früher wegen Vergehen zu peinlichen Strafen verurtheilt, machte sich ein Geschäft daraus, an wohlhabende Leute Bettelbriefe zu schreiben und sich dadurch eine Geldeinnahme zu verschaffen. Großherzogl. Hofgericht hatte wegen

dieses Vergehens das Straferkenntniß zu erlassen. Es warf sich zu diesem Zweck die Frage auf, welches Gesetz zur Anwendung komme? Das Gericht nahm an, daß die Verordnung vom 9. September 1777 [1]) sich nicht anwenden lasse, indem sie sich blos auf das

1) Diese Verordnung, abgedruckt bei Eigenbrodt: Handbuch der Großherzogl. Hessischen Verordnungen. Band 3. S. 66 — 68.
und mit Zusätzen eingeschärft durch ein Ausschreiben der Regierung der Provinz Oberhessen vom 23. August 1817 an die Beamten.
Eigenbrodt Band 4. S. 83.
verfügt im §. 1, daß jede Gemeinde ihre Armen, „welche bei ihren Angehörigen keine Unterhaltung finden, können, nach Nothdurft selbst verpflegen soll." Nach dem §. 2. soll jeder Unterthan, welcher einem fremden Bettler etwas reiche, mit einer Geldstrafe belegt werden. Der §. 3. schreibt vor, daß die fremden Bettler das erstemal mit einer körperlichen Züchtigung, bei Wiederholung aber mit Zuchthausstrafe belegt werden sollen. Der §. 4. ist des wörtlichen Inhalts: „Die inländischen Bettler sollen auf Betreten jedesmal mit einer Tracht Prügel belegt, auch ihnen ad tempus das bewilligte Almosen entzogen werden und wenn sich dieselben hierdurch nicht abhalten lassen, von dem Beamten darüber ein kurzes summarisches Verhör gehalten und zu der ihm vorgesetzten Regierung unter Anführung der bisher vorgenommenen Korrektionen eingesendet werden, damit dieselben mit gleichmäßiger Zuchthausstrafe belegt und solche bei wiederholten dergleichen Vergehen verdoppelt werden könne."

Straßen= und Gassenbetteln (sowie auf das Betteln in den Wohnungen) beziehe, aber nicht auf das Betteln durch Uebersendung von Bettelbriefen. Dagegen erscheine des Angeschuldigten Handlungsweise nicht anders, als unter dem Gesichtspunkt muthwilligen Bettelns, welches bei ihm zum Handwerk geworden sey. Auf solche Bettler leide die Reichs=Polizeiordnung v. J. 1748 Tit. 8. und v. J. 1577 Tit. 8.[2]), welche eine willkührliche Strafe androhe, Anwendung [3]).

---

2) Quistorp: Grundsätze des peinlichen Rechts. Th. 1. §. 437.
Grolman: Grunds. der Criminalrechts=Wissenschaft. §. 373.
Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 448.
„Wir wollen auch, daß eine jede Obrigkeit der Bettler nnd anderer Müssiggänger halber ein ernstliches Einsehens thun, damit niemands zu betteln gestatt werde, der nicht mit Schwachheit oder Gebrechen seines Leibs beladen und des nicht bedürfftig sey — und so darüber solche starke Bettler befunden, sollen dieselbe vermög der Rechte oder sonst gebührlich bestraft werden.." —

3) In vorliegendem Fall erkannte das Gericht mit Rücksicht auf die früheren Vergehen und Verbrechen des Angeschuldigten, der namentlich wegen Bettelns schon früher bestraft worden war, (unterm 24. August 1829) auf eine Zuchthausstrafe von sechs Monaten (so wie dahin, daß er nach seiner Entlassung aus dem Zuchthaus unter polizeiliche Aufsicht zu stellen sey).

C.

Urkunden-Beweisantretung durch unbeglaubigte Abschriften.

In Sachen der Freiherrn von R. Kläger, gegen die Gemeinde Oberohmen, Beklagte, traten die Ersteren einen aufhabenden Beweis bei Großherzogl. Hofgericht in Gießen durch Zeugnisse und sonstige Urkunden an, indem sie von Letzteren eine, durch ihren Archivar und Sammtsekretär (welcher auch diese Zeugnisse ausgestellt hatte) beglaubigte Abschrift dem Beweisantretungslibell beifügten. Nach eingelangter Erklärung auf die Beweisantretung nahm das Gericht die Sache für beschlossen und erkannte unterm 25. April 1828 dahin, daß der, dem Producenten auferlegte, durch die, zu dem Ende gebrauchten, Beweismittel zu führen versuchte, Beweis sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht für gänzlich verfehlt zu erklären, die Producenten daher mit der, von ihnen gegen die Productin erhobenen, Klage nunmehr lediglich ab und zur Ruhe zu verweisen seyen. Das Gericht gieng dabei namentlich [1]) von der Ansicht aus: Die von den Producenten zur Beweisführung benutzten Urkunden seyen von denselben nur in einer, von ihrem Privatdiener beglaubigten, Abschrift vorgelegt worden. Allein nach den Bestimmungen der Prozeßordnung v. J. 1724. Theil 2

1) Die übrigen Entscheidungsgründe gehören nicht hierher.

Tit. 5. §. 11. [2]) erscheine die Beibringung, der als Beweismittel zu gebrauchenden, Urkunden in Original oder in gehörig beglaubigter Abschrift während des Laufs der Beweisfrist als ein Erforderniß einer vollgültigen Beweisantretung durch Urkunden. Die Beweisantretung sey daher formell gänzlich unzuläßig, da dem Privatdiener der Producenten weder die Qualität eines Staatsdieners, noch auch die Befugnisse einer, einen Amtsglauben voraussetzenden öffentlichen Beglaubigung beigelegt werden könne.

Die Klager und Producenten ergriffen gegen dieses Urtheil das Rechtsmittel der Berufung an das höchste Gericht, indem sie darzuthun versuchten, daß die Beweisantretung weder in formeller noch in materieller Hinsicht als verwerflich erscheine, und namentlich jene Stelle der Prozeßordnung nicht vorschreibe, daß gleich bei der Beweisantretung das Original oder an dessen Stelle eine beglaubigte Abschrift der Urkunde einzureichen sey.

Hierauf erließ Großherzogl. Oberappellations-Gericht folgendes Erkenntniß:

„In Sachen ꝛc. werden — in Erwägung, daß, wenn gleich den Freiherrn von R. das Archiv-Recht nicht zusteht, ihr Archivar und Gesammtsekretär H. keineswegs als Staatsdiener der Appellanten erscheint,

2) S. das dritte Bändchen S. 31. 32, wo dieser §. in extenso abgedruckt ist.

somit auf die Prärogative öffentlicher Diener keine Ansprüche und daher das judicium a quo die, von ihm ausgestellten, Atteſtate mit Recht als nichts beweisende Privatzeugnisse verworfen hat, dennoch der formellen Zulässigkeit der Beweis-Antretung der Appellanten durch die übrigen, in Abschrift beigebrachten, jedoch aber durch einen Staatsdiener nicht beglaubigten, Urkunden kein rechtliches Hinderniß entgegensteht, indem dieses höchste Gericht sich bereits mehrfach darüber ausgesprochen hat, daß es nach Maasgabe der Vorschriften der Prozeßordnung v. J. 1724 [3]) keineswegs nothwendig ist, daß mit der Beweisantretung beglaubigte Abschriften der Urkunden, durch welche Beweis geführt werden soll, beigebracht werden, sondern es vielmehr genügt, wenn einfache, nicht beglaubigte, Abschriften jener Urkunden der Beweisantretung beigefügt sind [4]) und daher das

---

3) Auch nach dem mecklenburgischen Partikular-Prozeß genügt eine unbeglaubigte Abschrift.
v. Kamptz: Handbuch des Mecklenburgischen Civilprozesses. Zweite Ausgabe. Bearbeitet vom Freiherrn von Nettelbladt. Berlin 1622. §. 82. „Der Beweis durch Urkunden muß binnen der Beweisfrist dadurch angetreten werden, daß der Beweisführer die Urkunde entweder in Ur- oder in Abschrift dem Gericht übergiebt.“

4) Auch der gemeine Prozeß begnügt sich damit, obwohl die Gesetze (Jüngster Reichs-Abschied §. 39. „Hätte —

judicium a quo mit Unrecht diesen Theil der Beweisantretung als formell unstatthaft verworfen hat, in fernerer Erwägung jedoch, daß in materieller Hinsicht die Beweisantretung den eigentlichen Beweissatz gar nicht berührt, sondern unerhebliche Punkte zum Gegenstand hat, und daher aus diesem Grund der angetretene Beweis verfehlt erscheint, — die, von den Appellanten gegen das,

---

der Kläger — seine habende documenta — in Extrahlrung der Prozeß beigelegt, also, daß sie — dem Citirten in vidimata copia zugebracht — werden mögen") weiter gehen.

Ludovici: Einleitung in den Civilprozeß Cap. 17. §. 4.

Knorre: Anleitung zum gerichtlichen Prozeß. Hauptstück 12. §. 3. „Es muß der Producent binnen des gesetzlichen Beweistermins — die Urkunden in Abschrift übergeben."

Hellfeld: Jurispr. for. §. 461. „Sufficit, instrumenta inter terminum probatorium judici in copia exhiberi."

Linde: Lehrbuch. Aufl. 3. §. 382. und Note 2.

Heffter: Instit. des römischen und deutschen Civilprozesses. S. 364.

Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerl. Prozesses. Aufl. 10. §. 209. (198).

Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. München 1828. S. 437. „Das Original braucht jetzt" (mit der Beweisantretung) „noch nicht vorgelegt zu werden — sondern es genügt auch eine blose Abschrift."

unter dem 25. April 1828 eröffnete, Erkenntniß nachgesuchten Appellations-Prozesse hiermit abgeschlagen. — V. R. W.

Dessen zur Urkunde rc.

Darmstadt den 4. December 1829."

D.

In Fällen, wo derjenige, welcher den Haupt-Eid abzuleisten hat, sich im Ausland aufhält und aus diesem Grund um Aufnahme des Eides mittelst Requisition des dortigen Richters bittet, ist das besondere Verhältniß, vorzüglich die Größe der Entfernung des Aufenthaltsortes von dem Orte, wo das Gericht, bei welchem die Sache anhängig ist, seinen Sitz hat, zu berücksichtigen und hiernach von dem Richter zu ermessen, ob dem Antrag stattzugeben sey [1].

In Sachen des P. J. in B. bei D..., Klägers gegen den verabschiedeten Rittmeister von R. in D. Beklagten, trat der Erstere den aufhabenden Beweis durch Eideszuschiebung an. Letzterer erklärte sich zur Ableistung des ihm deferirten Eides bereit.

---

1) Fassung des, auf Anlaß des folgenden Rechtsfalls fixirten Präjudizes.

Nachdem das Gericht, Großherzogl. Hofgericht in D., rechtskräftig auf Ableistung dieses Haupteides erkannt und Termin dazu anberaumt hatte, erklärte Beklagter, welcher in der Zwischenzeit von D. weggezogen war und sich im Königreich Würtemberg in der Nähe von Mergentheim aufhielt, er könne ohne bedeutende Kosten, zu deren Vorlegung Kläger nicht im Stande sey, im Schwörungstermin nicht erscheinen und bat darum, daß es ihm gestattet sey, den Haupteid vor dem Gericht seines nunmehrigen Domicils abzuleisten [2]. Der darüber vernommene Klager bestand darauf, daß der Beklagte den, von ihm angenommenen, Haupteid vor dem Gericht, bei welchem die Sache anhängig sey, ableiste. Denn bei diesem Gericht seyen bekanntlich alle Haupthandlungen vorzunehmen und daß zu diesen die Ableistung des Haupteides gehöre, unterliege keinem Zweifel, indem davon der Ausgang des Rechtsstreites abhänge. Zur Vorlegung der Reisekosten sey er nicht verbunden. Beklagter habe sich freiwillig entfernt, auch den Haupt-Eid acceptirt. Er müsse also die Folgen seines Handelns tragen unb das thun und anwenden, was dazu erforderlich sey, um das von ihm selbst gewollte zu realisiren. Beklagter replicirte: Gegen die Behaup-

---

2) Vergl. Danz Grundsätze des ordentlichen Prozesses. §. 376.

Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civil-Prozesses. Aufl. 3. Bonn 1831. §. 306.

tung, daß ein Schiedseid vor dem Richter, bei dem der Rechtsstreit anhängig sey, ausgeschworen werden müsse, spreche Erfahrung, Gesetz und die Meinung der Rechtslehrer.

Vergl. z. B. Martin: Lehrbuch des Civilprozesses §. 215. a. E. [3]).

---

3) Dieser Prozessualist erklärt jedoch in der Note den Fall, daß der Eid im Gericht der Hauptsache nicht abgeleistet werden solle, als Ausnahme von der Regel. Vergl. übrigens noch

Brunnemann: Comment. ad Pand. ad L. 15. Dig. de jurej. (12. 2.)

„Ob absentiam etiam interdum is, qui jurare debet, alibi admittitur ad juramentum."

Stryk: De caut. juram. P. II. Sect. I. §. 92. etc.

„Sed quid, si contigerit, ut actor vel reus in dissitis locis habitent et causam per mandatarios seu procuratores in judicio tractent, quomodo judex caute procedet, si vel uni vel ambobus juramentum impositum fuerit? Fieri enim potest, ut actor petens juramentum de calumnia jurare, reus vero juramentum principale praestare teneatur, an et tunc uterque in judicio, ubi lis agitur, in persona comparere et juramentum praestare necesse habebit? — Certe satis onerosum et sumtuosum erit partibus, iter tam longinquum instituere ad locum judicii. Non immerito ergo quaeritur, un judex litis seu corum quo processus ventitatur, ad petitum ejus, cui juramentum impositum fuit, concedere teneatur, ut absens coram suo Magistratu vel judice ejus loci, ubi vivit, juramentum praestet.

So würden z. B. Urkunden = Productions = Termine, gleich der Ableistung des Schiedseides, täglich von requirirten Richtern abgehalten.

Ummius ad Proc. Disp. 14. n. 39. 62. et Carpz: in proc. tit. 11. art, 3. n. 102. unanimiter docent, quod judex gratiam possit facere juranti, ut ad evitandas molestias et sumtus itineris coram judice proprio, ubi habitat, juramentum praestare possit *). — Et sane, si ad jus civile adspicimus,

---

*) An dieser Stelle gedenkt Stryk folgenden Falls gehandhabter Cabinets = Justiz. Die churfürstl. Brandenburgische Regierung des Herzogthums Magdeburg hatte die Parthei, welche einen Eid abzuleisten hatte, zum Erscheinen im Schwörungstermin vorgeladen. Die Parthei, welche 15 Meilen von dem Sitz dieses Gerichtes entfernt (in Berlin wohnte), suchte darum nach, daß es ihr gestattet werde, den Eid vor dem Kammergericht zu Berlin abzuleisten. Ihrem Gesuch wurde aber nicht deferirt und eine Wiederholung desselben hatte keinen günstigeren Erfolg. Sie wandte sich hierauf an den Churfürsten und bewirkte folgendes, auch befolgte Mandat desselben an die Regierung in Magdeburg:

„Friedrich der dritte, Churfürst ꝛc.

Unsere ꝛc. Aus dem Beschluß habt ihr mit mehren zu ersehen, was Gottfried Apfelstedt wegen Ablegung des — ihm referirten Juramenti unterthänigst vorgestellet und zu verordnen gehorsamst gebeten. Wann wir denn des Supplicanten Sachen aus denen, von ihm angeführten Ursachen der Billigkeit gemäß befinden: Als befehlen wir auch hiermit in Gnaden, die formulam juramenti, welches derselbe prästiren soll, abzufassen und uns anher zu senden, wir wollen alsdann die Vorsehung thun, daß er solches vor unserm Cammergericht abschweren, auch welcher Gestalt solches geschehen, ad acta beigebracht werden solle. Oranienburg den 20. Martii 1694.“

Zur Vorlegung der Reisekosten sey Kläger verbunden, weil er Beweisführer sey, der alle, durch die

---

non adeo difficilem se praebere debet judex in concedendo, ut peregrinus actor, longinque habitans, eorum judicio sui loci juret, siquidem in L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred. et juram. haec dispositio legitur:

„„„Si persona praesens non inveniatur, cui sacramentum delatum est, lite forsan per procuratorem ventitata, necesse est, vel ipsam personam priucipalem, datis certis induciis, ad judicem venire, ut ea, quae de sacramentis statuta sunt, impleat, vel, (si judex aestimaverit) in provincia, ubi degit, sub actorum testisicatione juramentum dari. Licentia enim danda est alteri parti, vel per se, vel par procuratorem super hoc ipso ordinatum, adesse his, quae de juramento aguntur vel si neutrum, facere maluerit et ex una parte sub fide tamen gestorum juramentum praestari, expensis propter hujusmodi causam praestandis officio judicis trutinandis, an ab utraque parte, an ab altero oporteat eas dependi.““

Poterit ergo judex hac lege pro cautione uti et ex justa causa distantiae locorum permittere, ut absens coram suo magistratu juret.“

Schneider: Vom rechtlichen Beweis in bürgerlichen Rechtssachen. Gießen 1803. §. 703:

„Die Ablage des zugeschobenen und des zurückgeschobenen Eides kann, wenn, im ersten Fall der Product und im zweiten der Producent, wegen weiter Entfernung, nicht ohne große Kosten an dem Orte des Ge-

Beweisführung entstehende Kosten vorlegen müsse. Schließlich berief sich Kläger sowohl auf das gemeine Recht, welches vorschreibe, daß der Schiedseid vor dem Gericht, bei welchem der Rechtsstreit anhängig sey, abgeleistet werden müsse, als auch auf die Prozeßordnung v. J. 1724, welche Th. II. Tit. 5. §. 4.[4]) ausdrücklich verordne, daß der Schiedseid in den, bei den Mittelgerichten anhängigen Prozeßsachen vor denselben (in pleno) abgenommen werden solle. Der Grund dieser Bestimmungen sey nicht zu verkennen. Ein Schiedseid sey gewiß die wichtigste Handlung im prozessualischen Verfahren, indem er den Ausgang des Rechtsstreits entscheide. Bei ihm müsse daher die höchste Feierlichkeit und Fömlichkeit stattfinden, bei ihm müsse des Gericht überzeugt seyn, daß bei der Ableistung alle vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet worden seyen, was alles nicht verbürgt sey,

---

richts erscheinen kann, auch, mittelst Requisitionen, bei dem Richter seines Wohnortes geschehen."

4) „Im übrigen sollen sowohl vorerwähnte als alle übrige species juramentorum, welche entweder auf derer Partheien Begehren, als ex officio vom Richter auferleget werden, (außer die Juramenta testium, als welche von demjenigen Unserer Regierungsräthe, deme das examen committiret wird, abzunehmen sind), vor Unsern Fürstl. Regierungen in pleno abgenommen, vorhero aber die jurantes vor dem Mein-Eid, mit Vorstellung der darauf folgenden zeitlichen und ewigen Strafen, jedesmal nachdrücklich verwarnet werden."

wenn es dem Beklagten gestattet werde, vor dem Richter eines andern Landes den Eid abzuleisten.

In dem Gutachten sprach sich der Referent dahin aus: Obgleich Eide in der Regel vor demjenigen Richter abgeleistet werden müßten, wo die Sache entschieden worden sey, so habe doch die Praxis längst bestimmt, daß in besonderen Fällen andere Richter um Vornahme dieses Akts requirirt würden. In der Entfernung des gegenwärtigen Wohnorts des Beklagten liege wohl ein hinreichender Grund, das betreffende Würtembergische Gericht um Vornahme dieses Akts zu ersuchen, obgleich der Beklagte erst im Laufe des Rechtsstreits Darmstadt verlassen habe und nicht ersichtlich sey, ob der Ort seines Aufenthaltes sein eigentliches Domicil sey und es dem Kläger sehr erschwert werde, dem Akt beizuwohnen.

Der Correferent äußerte sich, da ihm eine solche Praxis nicht bekannt sey, dahin, daß es bei der Regel zu lassen seyn möge, wornach der Haupteid bei dem Gericht abzuleisten sey, bei welchem der Rechtsstreit selbst anhängig wäre. Die

L. 12. §. 4. Cod. de reb. cred. (4. 1.)

rede nur von Abwesenheit in einer römischen Provinz. Die

Const. 2. et Auth. princ. Cod. de jurejurando pr. cal. dand. (2. 59.)

beziehe sich auf einen Gefährde-Eid, welcher per procuratorem abgeschworen werden könne, sowie denn auch

und die

L. 15. Dig. de jurej. (12. 2.) [5])

nur von ausgezeichneten, oder kranken Personen spreche [6]). Bei dem Mangel eines, eine Ausnahme gestattenden, Gesetzes müsse es daher bei der Regel belassen werden. Allein dafür sey dem Producenten aufzugeben, die Reisekosten vorzulegen, da sich eine solche Auflage bei dem Mangel einer besonderen Bestimmung durch die Analogie der Grundsätze über cautio pro expensis, sowie der Vorschrift, daß der Producent die Kosten der Production vorlege, rechtfertigen lasse.

Das Gericht erkannte nach der Ansicht des Referenten (unterm 10. März 1830) dahin:

daß dem Verlangen des Klägers, daß Beklagter den, ihm zugeschobenen und angenommenen Eid vor Großherzogl. Hofgericht dahier abzuschwören

---

5) „Ad personas egregias, eosque, qui valetudine impediuntur, domum mitti oportet ad jurandum."

6) Hellfeld: Jurisp. for, §. 806. „Praestatio juramenti fieri debet — in loco judicii, exceptis personis egregiis et infirmis."

Hefftter: Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses. Bonn 1825. S. 199. „Jede Eidesleistung muß in der Regel an der ordentlichen Gerichtsstelle erfolgen und Ausnahmen finden nur statt bei personis egregiis oder Kranken oder anders behinderten." Ausführliches enthält Donell: Comment. 24. c. 14.

schuldig sey, nicht stattzugeben, sondern das königlich Würtembergische Mittelgericht zu Ellwangen, in dessen Bezirk der Ort, wo sich der Beklagte dermalen aufhält, gelegen ist, um Abnahme dieses Eides zu ersuchen sey [7].

---

7) Eine gleiche Entscheidung theilt mit:
Mevius: Decis. P. III. Dec. 421. „Regulariter juramenta sunt in loco judicii publice praestanda, cujus non levis ratio est, tum ex jurisjurandi sanctimonia, tum pro jurantium religione et devotione excitanda, tum pro dijudicantium circumstantiis, unde multa discernere licet, accuratiore dispectione. At non ita ista est adstricta praestatio, ut non aliquando alibi fieri possit. Excepit quasdam species ab ea necessitate jurisprudentia, praeterea etiam judici permisit ex arbitrio suo illam äliquando remittere, ideo de jurejurando sic disponere, ut alio in loco praestetur. Et quidem vel in domo ejus, qui jurare debet, vel coram magistratu seu judice ejus loci, sub quo ipse degit. — Nec tamen consentiente altera parte fieri potest, sed etiam invita. Quo circa ubi ejus rationem judex deprehenderit, etsi contradicitur, tamen juramentum alibi, quam in judicio, admittere, et, ubi vel quomodo fiat, determinare potest. Uti existimatum est, non attenta contradictione, ita fieri debere in causa. Viduae Baltzer von Kalden contra hujus creditores die 16. Dec. Anno 1655."
S. auch noch P. VI. Dec. 160. „Juramentum aestimatorum est necessarium, at, eorum quo praestetur, non refert."

E.

Da die Großherzogliche Verordnung vom 8. März 1815 in Betreff des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde als Gegenstand derselben unzweifelhaft ein wirkliches richterliches Erkenntniß unterstellt, das nur unter Voraussetzung zweier streitender Theile, von welchen der eine die Rechtshülfe des Richteramts wider den andern in concreto reclamirt, somit nicht ohne das Daseyn eines Rechtsstreits denkbar ist, so kann auch eine, in Ermangelung dieser Voraussetzung, wenn gleich sonst in Urtheilsform, erlassene und eröffnete richterliche Verfügung als ein der Rechtskraft fähiges Erkenntniß und die Anfechtung einer solchen Verfügung als an die, für den Gebrauch der Nichtigkeitsquerel vorgeschriebene Beobachtung der Appellationsfatalien gebunden, nicht betrachtet werden [1].

In der Concurssache des J. J. zu O. setzte das Landgericht F. in dem, unter dem 6. Februar 1827

1) Fassung des, auf Veranlassung des folgenden Rechtsfalls von dem obersten Gericht angenommenen, Präjudizes.

ertheilten Locationserkenntniß die Kinder des Gemeinschuldners hinsichtlich der Illaten ihrer verstorbenen Mutter der Erben der Hypothekargläubigerin E. H. zu B. vor. In dem Distributionsbescheid vom 10. März 1828 überwies das Gericht diese Illatenforderung den Letzteren aus dem Grund, weil die Masse zu deren Befriedigung unzulänglich wäre und zum Besten ihrer Erblasserin die Mutter der Kinder des Gemeinschuldners sich verbürgt habe.

Nachdem diesen der Distributionsbescheid (unterm 15. April 1828) unter Erklärung der Fatalien der Appellation und Nichtigkeit [2]) publicirt worden war

---

2) Der §. 5. der Verordnung vom 8. März 1815, in deren Eingang es heißt: „Da die, über den Gebrauch des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde gegen richterliche Erkenntnisse und das, dabei zu beobachtende Verfahren in unserm Großherzogthum bestehenden gesetzlichen Vorschriften theils unvollständig sind, theils aber auch, nach den bisherigen Erfahrungen, sich nicht durchaus als zweckmaßig bewähren, vielmehr zu manchen Mißbräuchen und zur ungebührlichen Verzögerung des Ausgangs der Rechtssachen Anlaß gegeben haben. So finden wir uns zu einer neuen Gesetzgebung über gedachten Gegenstand bewogen ꝛc." enthält die, durch die Erfahrung nicht als zweckmäßig bewährte und dem Sieg des materiellen Rechts allzu hinderliche (Gönner sagt in seinem Handbuch des Prozesses Band 3. Abh. 64. §. 2. mit Recht: „Außerordentlich scheint der Fall einer Nichtigkeit, außerordentlich sey auch die Hülfe.") Bestimmung;

und die Rechtskraft beschritten hatte, wies das Landgericht F. den Güterpfleger der Concursmasse an, den, zur vollständigen Befriedigung der Erben der Pfandgläubigerin unzureichenden Betrag der Illatenforderung denselben auszuzahlen, was auch geschah.

Im Jahr 1829 stellten diese Erben gegen das eine der Kinder des Gemeinschuldners, die Ehefrau des G. M. in O., eine, auf jene Verbürgung ihrer

---

„Die bisher zur Anstellung der Querel verstattete Frist von 30 Jahren findet in Zukunft nicht mehr Statt; es hat vielmehr jeder Querulant die Nothfristen der Appellation und, falls er gegen Erkenntnisse Unseres Oberappellations-Gerichts querulirt, der Revision, bei Verlust des Rechtsmittels, genau zu beobachten."

S. Hessen-Darmstädtische Civil-Prozeßordnung v. J. 1724 rc. mit Supplementen. Darmstadt 1830. S. 78.

Eine gleiche Bestimmung enthält die mecklenburgische Gesetzgebung.

Vergl. v. Kamptz Handbuch des Mecklenburgischen Civil-Prozesses. Zweite Ausgabe. Bearbeitet vom Freiherrn v. Nettelbladt. Berlin 1822. §. 195. 196. „Die Einlegung des Rechtsmittels der Querel geschieht, ebenso, wie bei der Appellation, binnen einem Zeitraum von 20 Tagen. — Das fatale wird, wie bei der Appellation berechnet und seine Versäumung macht die Querel desert. Für die Einführung der Querel ist eine Nothfrist von drei Wochen bestimmt. — Ihre Versäumung hat gleichfalls die Desertion zur Folge."

Mutter gestützte Klage auf Zahlung des Restes ihrer Forderung an. Zunächst hierdurch angeregt, wendete sich die, dieser Klage die Einrede der Nichtigkeit der Bürgschaft ihrer Mutter und eine Wiederklage auf Rückzahlung der, indebite empfangenen überwiesenen, Illatenforderung entgegensetzende, Beklagte an Großherzogl. Hofgericht in Gießen und focht den erlassenen Distributionsbescheid, insoweit dieser die Illatenforderung ihrer Mutter den Erben der Hypothekargläubigerin zugewiesen habe, aus dem Grund als nichtig an, weil diese auf jene Ueberweisung nicht angetragen hätten und so auch keine Verhandlung darüber gepflogen worden sey. Großherzogl. Hofgericht verwarf indessen (unterm 28. Juli 1830) die Beschwerde als ungegründet und unstatthaft, weil der Distributionsbescheid die Rechtskraft beschritten habe.

Die Querulantin wendete sich hierauf an das höchste Gericht, beschwerte sich darüber, daß der Distributionsbescheid in der angeregten Beziehung als eine, der Rechtskraft fähige, Sentenz erklärt worden sey und bat darum, Großherzogl. Hofgericht aufzugeben, dahin zu verfügen, daß der Beschluß des Landgerichts F. wegen Auszahlung ihres mütterlichen Vermögens an die Erben der Hypothekargläubigerin ihres Vaters als ein, der Rechtskraft fähiger Erlaß nicht zu betrachten sey. Jene Erben hätten aus der Bürgschaft ihrer Mutter gar keine Ansprüche vor Gericht geltend gemacht. Das Landgericht habe vielmehr ohne irgend eine solche Anregung in dem Distributionsbe-

scheid ausgesprochen, daß ihr mütterliches Vermögen an jene Erben gelangen solle. Dieser könne daher insoweit keine Rechtskraft in Anspruch nehmen, weil kein Rechtsstreit vorausgegangen und er so nicht als Sentenz anzusehen sey.

Hierauf sprach sich das höchste Gericht in einem Erlaß an Großherzogl. Hofgericht vom 29. Oktober 1830 dahin aus:

Unter Rückschluß der Akten eröffnen wir Ihnen, daß wir in Erwägung:

a) daß die Großherzogl. Verordnung vom 8. März 1815, indem sie auch den Gebrauch des Rechtsmittels der Nichtigkeitsbeschwerde an die Appellationsfatalien bindet, als Gegenstand desselben unzweifelhaft ein wirkliches richterliches Erkenntniß unterstellt, das ohne Voraussetzung zweier streitenden Theile, von welchen der eine in concreto die Rechtshülfe des Richteramtes wider den andern reklamirt, somit ohne das Daseyn eines Rechtsstreits nicht denkbar ist [3]),

b) in vorliegendem Fall indessen die Erben der E.

---

3) Grolman Theorie des gerichtl. Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. §. 99.
Heffter: Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses. Bonn 1825. S. 241.
Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. Aufl. 3. Bonn 1831. §. 167. 171.
Gensler im Archiv für die civil. Praxis. Band 4. S. 190 ꝛc.

H. zu B. in dem Concurse des J. J. bei Verfolgung ihrer, an die Masse formirten Darlehnsforderung, die ihnen subsidiarisch aus der angeblichen Bürgschaftleistung der verstorbenen Ehefrau des Cridars competirenden Rechtszuständigkeiten gegen die Kinder der Letzteren, namentlich die jetzige Querulantin, mit keiner Sylbe angeregt, ja nicht einmal in eventum speciell reservirt hatten, mithin

c) der landgerichtliche sogenannte Distributionsbescheid v. 10. März 1828, worin, unaufgefordert ohne eine vorausgegangene Klage und Verhandlung, das, in dem vordern Locationsurtheil den H'schen Erben vorgesetzte Illatum der Mutter der Querulantin den gedachten Erben jener Bürgschaft halber, kurzer Hand überwiesen wurde, als ein wirkliches, der Rechtskraft unterworfenes, Erkenntniß nicht angesehen werden und hierin auch die Urtheilsform, in welcher besagte Verfügung erlassen, und unter Explication des fatal. appellat. et nullit. eröffnet worden ist, nichts ändern kann, womit denn die Idee eines, hierdurch nach Ablauf der vermeintlichen Nothfristen begründeten, unänderlichen formellen Rechts (der Rechtskraft) von selbsten verschwindet [4]), vielwehr der Querulantin der Weg,

---

4) Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprozeß. München 1828 S. 174. „Davon, ob

sowohl [5]) einer Remonstration bei dem Landgericht selbst, als der Extrajudicial-Beschwerde bei dem höheren Richter gegen die erwähnte Verfügung, immer noch offen stand, die von der Ehefrau des G. M. gegen Ihr Dekret von 28. Juli dieses Jahrs bei uns angebrachte Beschwerde dahin für begründet erachtet haben, daß der befragte landgerichtliche Distributions-Bescheid vom 10. März 1828 als ein, der Rechtskraft fähiges, Erkenntniß nicht zu betrachten und als solches daher auch bei Entscheidung der, zwischen den H'schen Erben und der Querulantin bei dem Landgericht dermalen anhängigen, Klag- und Wiederklagsache nicht zu berücksichtigen sey. Wornach Sie das Landgericht bedeuten werden.

---

vor der Erlassung eines Dekretes beide Theile über den darin entschiedenen Streitpunkt vollständig gehört worden sind, hängt — die Möglichkeit des Eintritts der Rechtskraft — ab." S. auch noch S. 184. „Welche richterliche Dekrete sind der Rechtskraft fähig?"

5) Linde a. a. O. §. 171.

F.

Ueber die Beweiskraft der Depositionen in peinlichen Sachen, wenn sie nicht vor Gericht geschahen.

Die Einwohner Johann und Nikolaus S... von Obersch... wurden von dem Waldschützen H. beschuldigt, ihn bei Verrichtung seines Dienstes beleidigt zu haben. Bei der Führung der Präliminar-Untersuchung durch den Großherzoglichen Landrath bestätigte der Forstdiener seine Aussage durch Berufung auf seine Pflichten. Bald darauf, vor der Fortführung der gerichtlichen Untersuchung durch das Landgericht [1]) F. starb er.

Bei der Berathung über das zu erlassende Urtheil warf sich bei Großherzoglichem Hofgericht in D. die Frage auf, ob diese Deposition vollen Beweis enthalte. Der Zweifel, ob durch die, entweder bei der Administrativbehörde gemachte pflichtmäßige Denuntiation eines öffentlichen, im Dienst beleidigten Dieners oder durch die, in der administrativen oder po-

---

1) Nach dem §. 18. der „Amts-Instruction für die Großherzoglich Hessischen Landräthe" (Regierungsblatt vom Jahr 1821 Nr. 57.) muß der Landrath „wenn alle präparatorische, in der Befugniß der Polizei liegende Untersuchunghandlungen geschehen sind, unter Mittheilung der polizeilichen Protokolle das Weitere dem Richter überlassen."

lizeilichen Untersuchung ausdrücklich auf Pflichten genommene Anzeige und resp. Erklärung der Justiz-Behörde ein vollständiger Beweis erbracht werde oder nicht, veranlaßte eine Abstimmung in pleno. Durch Majorität wurde (unterm 17. Oktober 1827) die Frage verneinend entschieden und angenommen, daß dann, wenn der Beleidigte seine frühere Angabe nicht bei Gericht wiederholt habe, nur ein unvollständiger [2]) Beweis [3]) vorliege, weil es im Criminal-Prozeß allgemeiner Grundsatz sey, daß der Richter nur auf die, bei der Gerichtsbehörde [4]) gemach-

---

2) Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Partikulargesetzbücher und in genauer Vergleichung mit dem englischen und französischen Strafprozesse, Abtheil. 1. Heidelberg 1827. §. 161. Note 12. „Die von Polizeibehörden aufgenommenen Zeugnisse verdienen keine volle Beweiskraft."

3) Das Gericht erkannte in diesem concreten Fall auf den Reinigungseid.
Vergl. das vierte Bändchen S. 113. 115.
Hitzig: Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege. Heft 18. Berlin 1831. „Einiges über die Gerichtsverfassung und das Verfahren in Strafsachen im Großherzogthum Hessen 2c. S. 298."

4) Vergl. Martin Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalprozesses. Aufl. 3. Heidelberg 1831. §. 77.
Mittermaier a. a. O. §. 161.
Quistorp: Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts. (Auflage 5. Leipzig 1794.) Th. 2. §. 703.

ten Aussagen ein verdammendes Urtheil gründen könne [5]) und die Gesetzgebung für Fälle der fraglichen Art keine Ausnahme von diesem Grundsatz mache.

Stübel: Das Criminalverfahrn in den deutschen Gerichten. Band 2. Leipzig 1811. §. 866. 2409 a. „Aussergerichtliche Zeugnisse können zwar eben so glaubwürdig seyn, als gerichtliche. Da aber die Wirkung der Criminalgewißheit zugleich von der Form derjenigen Handlungen abhängt, durch welche die richterlichen Erkenntnißquellen eröffnet werden und es zur Form der Befragung eines Criminalzeugen gehört, daß solche gerichtlich geschehe, so ist ein, außer dem Criminalgericht abgelegtes Zeugniß, wenn es an sich auch noch so glaubwürdig wäre, dennoch nicht vollgültig.“

„Die richterliche Qualität ist aber dazu“ (zu Zeugenverhören) „schlechterdings erforderlich, denn in den Verhören bestehet die Eröffnung derjenigen richterlichen Erkenntnißquellen, welche man Zeugnisse nennt. Sie sind also, inwiefern die Zeugnisse zu Entscheidungen der Prozesse dienen sollen, gerichtliche Handlungen und eine gerichtliche Handlung kommt allein dem Richter zu.“

5) Stübel a. a. O. §. 867. „Aus eben dem Grunde, nach welchem die Criminalzeugnisse gerichtlich seyn sollen, folgt aber auch, daß solches hauptsächlich von denjenigen zu verstehen sey, durch welche ein Inculpat überführt werden soll. Denn die Form des Criminalverfahrens wird, so wie die davon abhängende formelle Gewißheit, vorzüglich bei verdammenden Endurtheilen vorausgesetzt.“

Auch im Königreich Württemberg ist dieser Grundsatz praktisch.

G.

Ueber den Begriff des Meineides.

F. R. und G. K. von Niederb... wurden in einer Untersuchungssache von dem, die Präliminaruntersuchung führenden Landrath als Zeugen vernommen und leisteten, später von demselben mit dem Beisatz vorgeladen, daß sie zu dem Zweck erscheinrn sollten, um ihre, den Angeschuldigten günstige, Aussage eidlich zu erhärten, nachdem ihnen ihre früheren Aussagen nochmals vorgelesen worden waren und sie über die Heiligkeit des Eides und die Strafen des Meineides belehrt worden waren, den Zeugeneid ab.

Eine von dem Landgericht Z. eingeleitete Untersuchung ermittelte, daß Beide vorsätzlich die Unwahrheit ausgesagt hatten.

Als von Großherzogl. Hofgericht in D. das Straferkenntniß zu erlassen war, machte sich auch nament. lich die Frage geltend, ob sich die Angeschuldigten, wiewohl sie den falschen Eid nicht vor einem Gericht abgeleistet hätten, dennoch des Verbrechens des Meineides schuldig gemacht hätten? 1) Der Referent war der Ansicht, daß diese Frage zu bejahen

---

Vergl. Hofacker: Systematische Uebersicht des deutschen gemeinen und des Württembergischen Strafprozesses. Tübingen 1820. S. 188.

1) Ueber die abweichendeu Theorien vergl. besonders Wächter: Lehrbuch des Römisch = Deutschen Strafrechts. Theil 2. Stuttgardt 1826. §. 185.

sey, da nach der gemeinen Meinung der Rechtsleh- rer ein Meineid begangen sey, sobald ein falscher Eid unter Auctorität der Staatsgewalt abgelegt worden sey [2]). Nur zur Anwendung der, in der Caro-

---

2) Dieses lehrt namentlich

Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 419. indem er sagt, der Meineid setze voraus einen, vor der hierzu ermächtigten, Obrigkeit abgelegten, an sich rechtsgültigen feierlichen Eid, während andere Rechtslehrer, als

Mittermaier: Ueber den Meineid nach dem gemeinen Rechte nnd den Bestimmungen der neuesten Strafgesetzbücher. (Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. 2. S. 86 — 120.)

Tittmann; Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Auflage 2. §. 321.

Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminalrechts §. 200.

Grolman: Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft §. 295.

Roßhirt: Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechte. Heidelberg 1821. §. 107.

Salchow: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Aufl. 2. Halle 1817. §. 512.

lehren, daß jeder außergerichtliche falsche Eid, also jeder falsche Eid, von dem der Art. 107. nicht rede, das Verbrechen des Meineides nicht involvire, so, daß lediglich die allgemeinen Grundsätze von den Fälschungen einträten.

lina [3]) angedrohten Strafe, welche indessen die Praxis in eine willkührliche umgewandelt habe [4]), von welcher daher ohnedieß keine Rede mehr sey, werde erfordert, daß der Eid vor Gericht abgeleistet werde.

Der Correferent war der Ansicht, daß die Angeschuldigten sich keines eigentlichen Meineides schuldig gemache hätten, indem sie 1) den Eid nicht vor Gericht und 2) nicht zur Belastung [5]) derer abgeleistet hätten, gegen welche die Untersuchung gerichtet gewesen. Meineid sey eine besonders ausgezeichnete Gattung der Fälschung und beide Momente seyen Bedingung dieser Auszeichnung.

Das Gericht adoptirte die Ansicht des Referenten und nahm an, zum Begriff des Meineides sey nicht erforderlich, daß der falsche Eid vor Gericht abgeleistet worden sey, indem es genüge, wenn derselbe vor der Obrigkeit abgeschworen worden wäre. Auch theilt es nicht die Ansicht des Correferenten, es gehöre zum Begriff des Meineides, daß zur Belastung geschworen worden sey [6]).

---

3) Art. 107. „Straff derjenigen, so einen gelehrten Eyd vor Richter und Gericht meineydig schwören."

4) Vergl. Wächter a. a. O. S. 262.
Grolman a. a. O. a. E.
Malblanc: Doctrina dr jurejurando. Editio nova. Tubingae 1820. §. 99. S. 287. 288.

5) Wächter a. a. O. S. 257. 258.
Tittmann a. a. O.

6) Der Gerichtshof erkannte, mit Rücksicht auf vorlie-

H.

Ueber das Vergehen der dolosen Beschädigung oder Vernichtung fremder Sachen [1]).

A. H. von Bibl. machte sich des Vergehens der Beschädigung fremden Eigenthums aus Bosheit schul=

---

gende Milderungsgründe, (unterm 18. Juli 1827) auf Zuchthausstrafe von 4 Monaten und sprach, unter Verurtheilung in die Untersuchungskosten mit solidarischer Haft dafür, zugleich die Unfähigkeit, Zeuge zu seyn und einen öffentlichen Dienst zu bekleiden, aus.

1) Vergl. besonders

Tittmann: Handb. der Straf=Rechtswissens. Aufl. 2. Band 2. Cap. 21: „Von der Beschädigung fremden Eigenthums aus Bosheit oder Muthwillen."

Wächter: Lehrbuch des römisch=deutschen Strafrechts. Theil 2. Stuttgardt 1826. Abtheil. 1. Cap. 7. Dritte Unterabtheil. „Beschädigung und Zerstörung fremder Sachen," §. 202. „Von der rechtswidrigen Beschädigung und Zerstörung fremder Sachen im Allgemeinen."

Das gemeine Recht verpönt dieses Vergehen mit keiner öffentl. Strafe. (Roßhirt: Lehrb. des Criminalr. nach den Quellen des gem. deut. R. u. mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechts. Heidelberg 1821 nimmt, indem er mit Recht bemerkt, daß die Systeme der deutschen Criminalisten über das Vergehen der dolosen Beschädigung fremder Sachen und dessen Strafe etwas mager seyen, §. 189.

dig, indem er ein fremdes Pferd mit Messerstiche verletzte und demselben namentlich mehrere Stiche in die Augen versetzte, so daß es erblindete [2]). Das Motiv war Neid und Mißgunst gegen den Eigenthümer des Thieres. Großherzogl. Hofgericht bestrafte dieses Vergehen [3]) mit einer Zuchthausstrafe von an-

---

an, daß die speziellen Bestimmungen der Gesetze über öffentliche Bestrafung einiger, hierher gehörigen, Fälle, z. B. Brandstiftung, zu generalisiren und auszudehnen seyen.) Nur die Praxis spricht diese öffentliche Strafe dann aus, wenn die Beschädigung von Bedeutung ist oder unter schweren Umständen stattfand. Wächter a. a. O. S, 360. 361.

2) Tittmann a. a. O. §. 51. „Es kann Alles, was sich im Eigenthum befindet, als Gegenstand dieser Art von Vergehen vorkommen, mithin gehört nicht nur die Vernichtung und Beschädigung lebloser Sachen, sondern auch die Tödung und Verstümmelung der Thiere des Andern hierher.“

3) Martin führt in seinem Lehrbuch des Criminalrechts ein besonderes Verbrechen der widerrechtlichen Beschädigung (oder Vernichtung) fremder Sachen nicht an, indem er (§. 138. a. E.) der Ansicht ist, daß solche Handlungen nach gemeinem Recht nur insoweit öffentliche Verbrechen seyen, als sie unter den Begriff der Brandstiftung oder der Gewaltthätigkeiten fielen. (In §. 129. Not. 3. sagt er: „Blose Beschädigung oder Tödung eines, Andern gehörigen, Thieres, auch Verletzung anderer Sachen, welche auf diese Weise geschah, gehören nicht in das Criminalrecht.“)

derthalb Jahren [4]), indem es damit die Verurtheilung in die Untersuchungskosten und zum Ersatz des verursachten Schadens verband und in dem Erkenntniß aussprach, daß die Strafe an dem Ort des Vergehens öffentlich bekannt gemacht werden solle. Der Gerichtshof gieng bei Erlassung dieses Straferkenntnisses davon aus, daß die zu dictirende Strafe nach dem Strafmaas gewinnsüchtiger Eigenthumsverletzung durch Entwendung zu fixiren sey, jedoch eine Schärfung enthalten müsse, weil boshafte Verletzung fremder Eigenthumsrechte härter zu bestrafen sey, als eine solche, welche Gewinnsucht zum Motiv gehabt habe [5]) und der Schuldige durch seine boshafte Hand-

---

4) Nach

Feuerbach: Lehrbuch des peinl. Rechts §. 311. sollen dolose Eigenthumsverletzungen mit Gefängniß von mehreren Monaten bis zu einem Jahr bestraft werden.

Klein: Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts, §. 480. läßt solche Verletzungen arbiträr strafen.

5) Tittmann a. a. O. §. 515. lehrt:

„Unter die Beschädigungen des Eigentbums kommen die, welche aus kalter Rachsucht unternommen worden waren, dem Diebstahl und Betruge an Strafbarkeit am nächsten, erreichen sie aber doch nie ganz, weil auch die schwärzeste Rachsucht immer nur ein einzelnes und individuelles Streben nach Rechtsverletzungen hervorbringt, da der Eigennutz, von dem der Diebstahl und Betrug veranlaßt wird, eine all-

lung eine große Verderbheit des Charakters an den Tag gelegt hätte.

---

gemeine, für jedes Eigenthum gefährliche Triebfeder enthält."

Dagegen sagt

Grolman; Grundsätze der Criminalrechts-Wissenschaft §. 211.

mit dem übereinstimmt

Dabelow: Lehrbuch des gemeinen peinl. Rechts §. 191.

„Eigenthumsbeeinträchtigungen aus Rachsucht und kalter Bosheit sind dagegen sehr schwere Criminalverbrechen, bei welchen, da der feindselige Charakter eines eigentlich schadenfrohen Wesens bei weitem schwerer, als der Eigennutz in den Schranken der Ordnung erhalten werden kann, beträchtlich größere Strafen, als bei den gewinnsüchtigen Eigenthumsbeeinträchtigungen eintreten müssen."

Das Gericht entschied sich für die letztere Doctrin, theils wegen der Worte der

L. 2. D. de arb. furt. caes. (47. 7.)

„Sciendum est, — eos, qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tanquam latrones puniri."

theils wegen des allgemeinen Grundsatzes, daß Verbrechen aus Bosheit in der Regel strafbarer seyen, als die aus Gewinnsucht begangenen.

Althessische Verordnungen v. J. 1716 u. resp. 1729. verpönen das Ruiniren von Obstbäumen mit einer Strafe von 100 Reichsthalern oder mehrjähriger öffentlicher Arbeit.

S. Eigenbrodt Handbuch der Großherzogl. Hessischen Verordnungen. Band 3. S. 216.

J.

Ueber den Begriff des Ausdrucks: „Unverläumdet" im Art. 119. der Carolina, das Verbrechen der Nothzucht betr.

P. B. von Oberb... wurde überwiesen, den Versuch gemacht zu haben, die Catharina E. vom St... hof,

---

Hitzig: Annalen der deutschen und ausländischen Criminalrechtspflege. Heft 18. S. 292.

Nach der Praxis im Königreich Würtemberg, welche jede, mit bösen Vorsatz verübte Vernichtung oder Beschädigung fremder Sachen, sie mögen Eigenthum des Staats oder von Privatpersonen seyn, als ein öffentliches Vergehen ansieht, ist die Strafe im Allgemeinen arbiträr, indem sie sich theils nach der Größe des gestifteten Schadens, theils nach dem mehr oder minder gefährlichen und strafbaren Beweggrund der That, theils nach der Art der beschädigten Sache, je nachdem sie z. B. unter dem besonderen Schutz des Staats steht (wie die sogenannten befriedigten Sachen) oder durch ihre Beschädigung eine allgemeine Gefahr herbeigeführt wird, (wie bei Beschädigung oder Vernichtung der Löschgeräthschaften) theils endlich darnach richtet, ob Schadensersatz geleistet wird, oder nicht. Ist die Eigenthumsbeschädigung nicht erschwert, so wird sie mit einer etwas geringeren Strafe, als die einfachen Diebstähle von gleichem Betrag verpönt.

Vergl. Knapp: Das Würtembergische Criminalrecht, dargestellt in seinen Zusätzen zu Feuerbachs Lehrbuch. Stuttgardt 1828 S. 287. 288.

welche früherhin außerehelich niedergekommen war, zu seinen Lüsten zu zwingen. Bei Erlassung des Straferkenntnisses Großherzogl. Hofgerichts in Darmstadt warf sich die Frage auf, ob sich der Angeschuldigte gegen diese Person des Versuchs des Verbrechens der Nothzucht schuldig gemacht habe? Der Gerichtshof glaubte diese Frage bejahen zu müssen, da eine Frauensperson darum, weil sie einmal unehelich geboren habe, noch keine verläumdete [1]) Person sey [2]), obwohl dieser Umstand als strafmil-

1) Peinl. Ger. Ord. Art. 119. „Straff der Nothzucht. Item so jemand eyner unverleumbten ehefrauen, wittwen oder jungfrauen mit gewalt und wider iren willen ir jungfräulich oder fräulich ehr neme — So sich — einer solchs — mißhandels — gegen einer unverleumbten frauen oder jungfrauen unterstünde. —

2) Vergl. über die Frage: Was gehört zum Unverläumdet seyn?

Walch: Glossar. ad CCC. S. 520. vergl. mit S. 503 ꝛc.

Wächter: Lehrbuch des römisch = deutschen Strafrechts. Band 2. §. 134. S. 17. 18.

Die meisten Criminalisten, besonders unter don ältern, sind der Ansicht, es komme ganz auf die Aufführung und den Ruf der Person zur Zeit der erlittenen Gewalt an, so daß der Begriff der Nothzucht nur dann ausgeschlossen sey, wenn die Person zu dieser Zeit eine Hure gewesen sey.

Dieses lehrt unter den ältern außer

J, H. Boehmer: Medit. in Constit. Crim. Carol. ad Art. 119. §. 1. ad Art. 118. §. 3.

dernd anzusehen sey. Das Gericht erkannte hiernach

Engau: Clem. jur. crim. §. 222.
und
Klein: Grundsätze des gemeinen deutschen und preußischen peinlichen Rechts. §. 404.
namentlich auch:
Cress: Commentatio in Constit. Crim. Car. V. ad Art. 119. §. 2.
weil, wie er sagt: „meretrix pudorem et honorem virginem consumserit adeoqus nihil aestimationis habeat, quod ipsi eripiatur."
unter den neueren aber insbesondere
Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts. §. 265. „Die Nothzucht setzt voraus als Gegenstand eine unverläumdete Weibsperson, die nicht durch Handlungen erklärt, daß sie ihren Körper als Werkzeug der Wollust eines jeden betrachte. An einer Hure kann daher keine Nothzucht begangen werden."
Dagegen sind andere verschiedner und strengerer Ansicht, wie
Koch: Instit. jur. crim. §. 285. Not. 1. „Carolus V. in art. 119. requirit eine unverläumdete Ehefrau, Wittwe oder Jungfrau, welcher ihre jungfräuliche oder fräuliche Ehre genommen wird. Hujus conditionis feminarum numero haberi nequit, quae honorem suum volens iam perdidit."
Salchow: Darstellung der Lehre von Strafen und Verbrechen §. 201.
Dessen Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. §. 179.
Pemoeller: Dissertatio de crimine stupri violenti. Jenae 1822. §. 7.

(unterm 2. Februar 1829) auf die Strafe des Versuchs der Nothzucht [3]).

Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen Criminal-Rechts. §. 299. „Thatbestand der eigentlichen Nothzucht."

3) Uebereinstimmend ist die Praxis der Gerichte des Königreichs Württemberg, nach dem Zeugniß von Knapp: Das Württembergische Criminalrecht. Stuttgardt 1828. S. 265.

wo er sagt, daß ein Mädchen, welches schon einmal zu Fall gebracht worden sey, von der Praxis darum allein noch nicht für eine verläumdete Person betrachtet werde. Vielmehr werde, wenn ihr Ruf sonst unbescholten und sie keine eigentliche Hure sey, eine an ihr zum Zweck des Beischlafs verübte Gewalt als Nothzucht bestraft."

Abweichend ist dagegen die Praxis der Königlich Hannöverischen Justiz-Canzlei in Celle. Nach dem, im zwölften Heft der Annalen der deutschen und ausländischen Criminal-Rechtspflege von Hitzig S. 287. — 289 enthaltenen Rechtsfall sprach sich dieser Gerichtshof dahin aus, daß die Mißhandelte, weil sie früher ausserehelich schwanger geworden, bereits ihrer Geschlechtsehre beraubt gewesen und so nur das crimen vis, wohin das römische Recht das stuprum violentum zähle, an ihr begangen worden sey.

K.

Ueber die Bedingungen der Beweiskraft des Geständnisses in Bezug auf den Thatbestand.

A. J. von M. wurde, mehrerer Verbrechen verdächtig, zur Untersuchung gezogen und bekannte namentlich, sich eines Straßenraubs schuldig gemacht zu haben, den er in Gemeinschaft mit einem Andern verübt habe. Der, für ihn bestellte Vertheidiger behauptete, es fehle an dem vollen Beweis dieses Verbrechens, indem nichts, als das Geständniß des Angeschuldigten vorliege. Indessen nahm Großherzogl. Hofgericht in Darmstadt bei Erlassung des Straferkenntnisses an, daß voller Beweis vorliege [1]). Zwar näh-

---

1) Damit stimmt die Praxis des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts in Mannheim überein.

Vergl. v. Hohnhorst: Jahrbücher des Großherzoglich Badischen Oberhofgerichts in Mannheim. Zweiter Jahrgang (Jahr 1824). Mannheim 1825. X. Criminalfall: „Untersuchung gegen eine Bande Brandstifter, Räuber und Diebe und ihre Bestrafung." §. 9. „Als über dieses Verbrechen Vortrag beim Oberhofgericht erstattet ward, kam zuerst die Behauptung des Defensors, daß der objective Thatbestand durchaus nicht hergestellt sey, und daher nur eine außerordentliche Strafe eintreten könne, in Erwägung."

„Man konnte dabei nicht verkennen, daß das ein-

men ältere Criminalisten an, daß der objective Thatbestand auf andere Weise, als durch das Geständniß des Inqui-

zige Resultat aller, über die Person des angeblich beraubten Juden angestellten Forschungen auf einen Bericht des Ortsvorstands zu F. sich beschränkten, dahin, daß, soviel man sich zu erinnern wisse, dieser Jude, nachdem er beraubt gewesen sey, sich in Seckenheim, wo er sich einige Tage aufgehalten, beschwert habe, wovon jedoch die dortige Judenschaft nichts wissen wollte."

„Der Referent hielt aber den Satz: daß, wenn der objective Thatbestand nicht vollständig erwiesen sey, nicht auf die ordentliche peinliche Strafe erkannt werden dürfe, nicht für richtig. Nach der Meinung der bewährtesten Criminalisten, sey, um nur auf eine Leibesstrafe zu erkennen, der volle Beweis des objectiven Thatbestandes nicht nöthig, wenn nur die Wirklichkeit des begangenen Verbrechens einen hohen Grad von Wahrscheinlichkeit für sich habe. Bei solchen Verbrechen insbesondere, welche keine in die Augen fallende Spuren zurückließen, und welche von einer einzigen Person begangen worden, genüge diesen Criminalisten das Bekenntniß des Angeschuldigten, oder die Aussage gültiger Zeugen, wenn sich sonst an dem wirklichen Daseyn des objectiven Thatbestandes, nach vernünftigen Gründen, nicht zweifeln lasse."

„In einem solchen Falle könne man sich um so eher bei dem Geständnisse des Angeschuldigten beruhigen, wenn damit auch die Angaben seiner Complicen übereinstimmten. Da alle diese Erfordernisse in dem gegenwärtigen Falle einträten, so vermeinte der Refe-

siten dargethan werden müsse und dieses insbesondere alsdann nicht zureiche, wenn von Capitalverbrechen die Rede sey. Allein neuere Criminalrechtslehrer, als

Grolman: Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft §. 441.

Feuerbach: Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 585 [2]).

---

rent, daß ungeachtet des nicht völlig hergestellten objectiven Thatbestandes, auf die ordentliche Strafe erkannt werden könne." — — — —

„Der Instructivvotant war der Meinung, daß bei mangelhaftem objektivem Thatbestande, auf die orordentliche Strafe nicht erkannt werden, wohl aber eine außerordentliche Strafe, oder ein Strafzusatz erfolgen könne. Die Majorität aber trat dem referentischen Antrage bei."

„Diesemnach ward Inquisit A — r. als der Brandstiftung an bewohnten Orten für geständig und überwiesen erklärt, und hierwegen, so wie wegen des an einem Juden unbekanntermaßen begangenen Raubes, zu 20 Jahre und 8 Monate schwerer Zuchthausstrafe verurtheilt."

2) S. auch noch außer Stübels Schrift über den Thatbestand §. 215 — 225. dessen Criminalverfahren in den deutschen Gerichten Band 2. §. 746 — 755. „Wirkung des ausdrücklichen Bekenntnisses auf die Gewißheit des Thatbestandes eines Verbrechens insbesondere." Im §. 746. sagt dieser Rechtslehrrr: „Es ist schon bemerkt worden, daß die Erkenntnißquelle des Geständnisses sich über alle Gegenstände des Untersuchungsprozesses verbreite. Das gilt unter andern auch von

hätten den Satz festgestellt, daß der Thatbestand eines jeden Verbrechens durch das Geständniß des Angeschuldigten erwiesen werde, wenn 1) sich eine vollständige, befriedigende und erwiesene Ursache zeige, aus dem der Thatbestand des gegenwärtigen Verbrechens auf keine andere Wesen erkennbar sey und 2) sonst noch Gründe vorhanden seyen, welche die Glaubwürdigkeit der Aussage bestimmten, wohin gehöre, daß a) der Angeschuldigte den bestimmten Grund der Erkenntniß der ausgesagten Thatsachen und die einzelnen Merkmale angebe, b) die Aussage nicht mit sich selbst und c) mit andern erwiesenen Thatsachen im Widerspruch stünden [3].

---

dem Thatbestande der Verbrechen. Der Urheber eines Verbrechens kann in der Regel diejenigen Umstände, welche den Thatbestand desselben ausmachen, wahrnehmen und sich davon eine vollständige Ueberzeugung verschaffen. Auch enthalten die positiven Vorschriften, welche das Bekenntniß ganz im Allgemeinen für eine zureichende Erkenntnißquelle des Criminalrichters erklären, in Ansehung des Thatbestandes keine Ausnahme. Es giebt also keinen Grund, die Wirkung eines sonst vollgültigen Geständnisses in diesem Falle einzuschränken."

3) Wenn gleich

Tittmann über Geständniß und Widerruf

in §. 11. die Regel aufstelle: „Es ist vollkommen genug, wenn nur so viel erörtert worden ist, daß gewisse Thatscchen die Richtigkeit des Bekenntnisses bestätigen oder daß nur bei den Nachforschungen keine

Diese Lehre verdiene, zumal, da sie dem Art. 22. der Carolina („soll jemand endlich zu peinlicher Straf

---

Thatsachen hervorgehen, welche die Wahrheit des Geständnisses zweifelhaft machen," und es hiernach scheine, als ob dieser Rechtslehrer mit den Ansichten von Feuerbach, Grolman u. s. w. einverstanden sey, so stelle er doch in dem folgenden §. 12. den Satz auf, es könne nach den Gesetzen nicht geläugnet werden, daß sich Thatsachen finden müßten, welche für das wirkliche Daseyn des eingestandenen Verbrechens zeugten und man auf ein Geständniß keine Strafe erkennen dürfe, wenn sich hiervon nicht die geringste Spur entdecken lasse und spreche hiernach seine Ansicht dahin aus, es sey zwar nicht nöthig, daß der Thatbestand des Verbrechens neben dem Bekenntniß des Angeschuldigten auf andere Weise vollständig bewiesen sey, es könne aber eine Verurtheilung zu einer Criminalstrafe nicht erfolgen, wenn kein weiterer Beweis, als das Geständniß, vorliege. Gleicher Ansicht sey Martin: Lehrbuch des Criminalprozesses §. 71. *)

---

*) Martin sagt (Auflage 3. 1831.) „Nicht jedes gültige Bekenntniß genießt nun aber auch schon vollständige Beweiskraft, sondern diese erlangt es nur dann, wenn — — endlich dasselbe mit andern erwiesenen Thatsachen positiv übereinstimmt."
Gleiches lehrt
Hofacker: Systematische Uebersicht des deutschen gemeinen und des Württembergischen Strafprozesses. Tübingen 1820. §. 208. „Das Geständniß muß bestimmt seyn, d. h. unter sich zusammenhängende einzelne Umstände enthalten und, wenn es das Daseyn eines Verbrechens zunächst betrifft, durch andere wahr erfundene Thatsachen unterstützt werden."

verurtheilt werden, das muß aus eigen Bekennen oder Beweisung — geschehen") entspreche, den Vorzug. —

Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren in der Fortbildung durch Gerichtsgebrauch und Partikulargesetzbücher rc. Heidelberg 1827. sagt §. 167; „Wirkung des Geständnisses, insbesondere in Bezug auf Thatbestand."

„Jedes, mit den gehörigen Erfordernissen versehene Geständniß setzt die eingestandenen Thatsachen in volle Gewißheit, ohne Rücksicht auf die Größe des Verbrechens und ohne daß es mehr eines andern Beweises für die Wahrheit des Eingestandenen bedarf. 1) Nur in Ansehung des Geständnisses als Beweismittel des Thatbestandes erzeugte die unrichtige Vorstellung von dem Vorzug des Augenscheins als Beweismittel bei Verbrechen, welche Spuren zurücklassen (delicta facti permanentis) die Ansicht, daß Geständniß nicht hinreiche, den Thatbestand zu erweisen. Sobald man aber zugiebt, daß es verschiedene Wege, Wahrheit zu entdecken, giebt, und der Augenschein nur Einer von denselben ist, wenn man erwägt, daß schon immer bei den delictis facti transeuntis, welche ihrer Natur nach keine Spuren zurücklassen, das Geständniß als Beweismittel anerkannt wurde, daß man auch in Fällen, wo der Inculpat selbst absichtlich die Spuren der That völlig vernichtete, auf das Geständniß den Thatbestand baute, so muß man konsequent es auch da anerkennen, wo im einzelnen Falle, entweder nach der Art der Verübung des Verbrechens oder durch die nachher eingetretenen Umstände der Richter, welcher den Thatbe-

Da nun in vorliegendem Fall alle diese Bedingungen gegeben seyen, so habe das Geständniß volle Beweiskraft.

---

stand nur durch Augenschein herstellen wollte, etwas Unmögliches forderte,"

und fügt hinzu, es komme nur darauf an, die Zweifel zu beseitigen, welche aus dem Mangel äußerer Spuren sich ergäben und daher mit doppelter Vorsicht das Geständniß zu prüfen. Hierzu gehöre namentlich 1) daß der Grund nachgewiesen werde, warum entweder nach der Art der Verübung oder wegen anderer Umstände das Antreffen von sinnlich bemerkbaren Spuren nicht möglich sey; 2) daß die Hauptumstände, welche durch das Geständniß angegeben seyen, auch durch die Resultate der übrigen Beweismittel bestätigt oder doch nicht als unwahrscheinlich dargestellt würden.

Nach dem Baierischen Criminalgesetzbuch (Art. 269.) muß nachgewiesen werden, warum entweder nach der Beschaffenheit der Verübung des Verbrechens oder aus andern Umständen sinnlich bemerkbare Spuren desselben nicht angetroffen werden können und das Bekenntniß so mit andern erhobenen Umständen übereinstimmen, daß an der Existenz der That nicht gezweifelt werden kann."

L.

Die Vorschriften des römischen und kanonischen Rechts und der Reichsgesetze, nach welchen jüdische Zeugen für einen Juden und gegen einen Christen unzulässig sind, müssen auch jetzt noch Anwendung finden und zwar nicht blos zu Gunsten der Katholiken, sondern auch der Protestanten und es sind dieselben auch keineswegs durch die Verfassungsurkunde aufgehoben. Wenn daher ein jüdischer Zeuge für einen Juden und gegen einen Christen aus besonderen Gründen zügelassen werden sollte, so erscheint er doch keineswegs als völlig glaubwürdiger, (testis classicus), sondern als verdächtiger Zeuge [1].

In Sachen des jüdischen Handelsmanns L. J. E. in Frankfurt, Liquidanten gegen die Verlassenschaftsmasse des christlichen Einwohners F. M. zu H. Li-

---

1) Fassung des, auf Veranlassung des folgenden Rechtsfalls von dem höchsten Gericht fixirten Präjudizes.

S. noch Hessen-Darmstädtische Civil-Prozeßordnung v. J. 1724 und peinliche Gerichtsordnung v. J. 1726 mit Supplementen. Darmstadt 1830. S. 159.

quidatin, legte das Landgericht St. dem Ersteren Beweis auf. Er trat denselben an, indem er den Schutzjuden M. O. als Zeugen benannte. Die liquidatische Masse bestritt die Zulässigkeit dieses Zeugen, weil ein Jude für einen Juden gegen einen Christen kein Zeuge seyn könne, wenigstens ein im höchsten Grad verdächtiger Zeuge sey. Indessen wurde dieser Zeuge abgehört. Die liquidatische Masse bestritt die Erheblichkeit der Zeugenaussage und wegen der Religion des Zeugen wiederholt dessen Classicität. Hierauf erkannte das Landgericht St. (unterm 2. April 1827) in Erwägung, daß die Aussage des Zeugen das Beweisthum erschöpfe, die, aus der Religion des Zeugen abgeleitete, Einrede dessen Zeugniß zu schwächen nicht vermöge, indem die, gegen das Zeugniß eines Juden sprechende römische Gesetzesstelle, als dem neueren Zeitgeist und den, den Juden eingeräamten Verhältnissen widersprechend, nach den neueren Rechtslehrern und dem sonst allgemeinen Gerichesgebrauch nicht mehr anwendbar sey und so ein voller Beweis vorliege, zum Besten des Liquidanten und Producenten auf den Ergänzungseid.

Die liquidatische Masse ergriff dagegen das Rechtsmittel der Berufung an das Obergericht, Großherzogl. Hofgericht in D., bat um reformatorische Entscheidung und Erkennung auf den Reinigungseid, indem nach römischem Recht ein Jude für einen Juden gegen einen Christen kein vollgültiges Zeugniß ablegen könne, und keine neueren Gesetze an der Bestim-

mung des römischen Rechts geändert hätten und bezog sich auf eine frühere Entscheidung des Obergerichts, worin es sich dahin ausgesprochen habe, daß ein Jude als Zeuge für einen Juden gegen einen Christen verdächtig sey.

Großherzogl. Hofgericht gieng von der, schon in seiner bisherigen Rechtssprechung verfolgten, Ansicht aus, daß ein Jude für einen Juden gegen einen Christen zwar zur Zeugenschrift zugelassen werden könne, aber nur als ein sehr verdächtiger Zeuge betrachtet werden müsse, so, daß die sonst völlig erschöpfende Aussage e i n e s jüdischen Zeugen den Beweisführer nicht zum Erstattungseid qualificire, indessen doch von solcher Wirkung sey, daß dem Producten der Reinigungseid aufzuerlegen wäre, und reformirte (unterm 22. October 1827) durch Erkennung auf das **purgatorium**. Der Liquidant und Producent ergriff das Rechtsmittel der Oberappellation an das höchste Gericht, sich für beschwert erachtend, daß das Mittelgericht das Urtheil erster Instanz nicht **pure** bestätigt habe. Es komme vorzüglich auf die Frage an, ob der israelitische Zeuge verdächtig sey, wenn der Producent desselben Glaubens sey.

Hiernach sey zu untersuchen

1) ob das Gesetz diese Frage bejahe?

2) ob es, dieses vorausgesetzt, noch anwendbar sey?

Oberappellant suchte nun nachzuzeigen, daß der

Inhalt des [1]) Gesetzes, welches in Betracht zu ziehen sey, der

L. 21. Cod. de haeret. (1. 5.)

nicht von der Art sey, daß anzunehmen wäre, sie bejahe die erste Frage und gieng dann auf die Erörterung der zweiten Frage über. Der Satz, der Richter sey kein Gesetzgeber und das Gesetz müsse so lange angewendet werden, bis es aufgehoben sey, sey ebenso richtig, als das: fiat justitia, pereat mundus. Allein die

L. 21. Cod. de haeret..

sey, wie andere Gesetze, z. B. wie das Gesetz, daß ein Jude, der ein Mädchen christlicher Religion schwängere, mit dem Schwert vom Leben zum Tode gebracht werden solle, von der Zeit bekämpft, mit ihr ihre Quelle, die L. ult. Cod. de judaeis; denn diese schreibe vor, daß kein Jude eine Verwaltung, eine Würde bekleiden, nicht für das Vaterland streiten, kein Verdienst um das Vaterland sich erwerben dürfe. In Hessen aber wisse man hiervon nichts.

Wenn man sage, der Jude sey für den Juden aus Religionshaß kein unpartheiischer Zeuge gegen

---

2) Zwar werde auch noch und namentlich von Thibaut: Pandectensystem §. 1169.
die
L. ult. Cod. de judaeis (1. 9.)
angeführt. Allein die Unfähigkeit und Untüchtigkeit zum Zeugniß sey daselbst nicht ausgesprochen

den Christen, so könne man entgegnen, daß nach der Landesverfassung der Jude Staatsbürger werden, so jedes Staatsamt bekleiden, also auch Richter werden könne. Und doch solle er nicht einmal Zeuge seyn können?

Nach der Verfassung seyen alle Hessen vor dem Gesetze gleich. Solle aber dieser Artikel nicht ein leeres Wort seyn, sondern Realität haben, so müsse er hier in Anwendung kommen.

Freisinnige Rechtslehrer [3]), wie Grolman und Thibaut hätten das römische Gesetz bereits für Antiquität erklärt, und zwar nicht blos aus Billigkeit, sondern, wie sich Thibaut ausdrücke, aus strengen juristischen Gründen. Zwar meine Letzterer, ein Jude könne unter Umständen verdächtig seyn. Allein auf die Umstände komme es bei allen Zeugen an.

Das, zum Zweck der Entscheidung in letzter In=

---

3) Schon Huber: Praelectrones juris civilis: editio quarta. Francofurti et Lipsiae 1749 sagt:

„Ultimo loco Judaei et Haeretici — contra Orthodoxos produci nequeunt. L. pen. C. de Haeret. — At haec res hodiernis moribus non vidteur observari, certe non, ubi libertas religionum viget,"

und Runde: Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts sagt §. 643; „Endlich steht auch der Glaubwürdigkeit der Juden=Eide kein allgemeiner triftiger Grund entgegen, wenn sich der Jude nicht schon auf andere Weise derselben verlustig gemacht hat."

stanz erstattete Gutachten, welches sich mit dem Antrag auf Abschlagung der Appellationsprezesse schließt, ist des wesentlichen Inhalts: Es sey zu untersuchen,

1) was wegen jüdischer Zeugen das Gesetz verordne?
2) ob dieses Gesetz noch jetzt verbindende Kraft für das Richteramt in Anspruch nehmen könne?

Was die erste Frage betreffe, so könne man hinsichtlich der Exegese der beiden Gesetze, der

L. 21. Cod. de haeret. (1. 5.)

„Quoniam multi judices in dirimendis litigiis nos interpellaverunt, nostro indigentis oraculo, ut eis referatur, quod de testtbus haereticis statuendum sit, utrumne accipiantur eorum testimonia, an respuantur: sancimus, contra orthodoxos quidem litigantes nemini haeretico vel his etiam, qui Judaicam superstitionem colnnt, esse in testimonia communionem, sive utraque pars orthodoxa sit, sive altera. Inter se autem haereticis vel Judaeis ubi litigantum existimaverint, concedimus foedus permixtum et dignos litigatoribus etiam testes introducere etc.“

und der

L. 19. Cod. de judaeis (1. 9.)

„Hac valitura in omne aevum lege sancimus, neminem Judaeorum, quibus omnes administrationes et dignitates interdictae sunt, nec defensoris civitates fungi saltem officio, nec pa-

> **triae honorem arripere concedimus, nec adquisiti sibi officii auctoritate muniti, adversus Christanos et ipsos plerumque sacrae religionis antistetes, veluti insultantes fidei nostrae, judicandi vel pronunciandi quamlibet habeant potestatem.“**

zwar dem Oberappellanten darin beistimmen, daß das letztere Gesetz gar nicht hieher gehöre und das erstere nur die orthodoxen Christen, also die Katholiken habe begünstigen wollen. Allein auch abgesehen davon, daß der westphälische Friede alle drei, in Deutschland recipirten christliche Religionspartheien einander ganz gleichgestellt habe [4]) und die deutsche Bundes-Akte im Art. **16.** jene Bestimmung noch vollständiger ausführe, so spreche die **L. 21. Cod. cit.** ganz allgemein den Satz aus, daß Ketzer und insbesondere Juden gegen (orthodoxe) Christen kein gültiges Zeugniß ablegen sollten. Außerdem sprächen auch noch

---

4) Heffter: Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses. Bonn 1825. S. 295.

„In den Catalog der reprobirten Zeugen bei den deutschen Gerichten gehören demnach — — 7) die Ketzer oder Ungläubigen in Sachen rechtgläubiger Christen, es mögen nun beide, oder nur eine Parthei solches seyn. Anders in Sachen unter Ketzern allein. Für Ketzer gelten übrigens unter sich nicht die Bekenner der in Deutschland recipirten christlichen Religionen.“

andere Gesetzesstellen, als die Novelle 45. [5]) und mehrere Stellen des kanonischen Rechts, z. B. das Cap. 1. X. de haeret. (5. 7.) [6]) und das Cap. 21. X. de testib. (2. 20) [7]) das gleiche aus, und die Reichsgesetze, namentlich die Notariatsordnung Kaiser Maximilians v. J. 1512. §. 2. [8]) enthielten

---

5) „Illud quoque nunciasti dignum quaestione tua natum. Quia enim haereticos testimonium perhibere prohibuimus, quando orthodoxi inter allerutros litigant, dantes eis per nostram constitutionem, siquidem inter ulterutros misceantur illi et litigent, et uterque haereticus sit, actor ut reus, posse testimonium perhibere, dignis ad invicem existentibus et litigantibus et testimonium perhibentibus sit et orthodoxus, contra haereticos quidem etiam valde dari testimonium orthodoxo, adversus orthodoxum autem nequaquam, orthodoxis quoque existeutibus litigatoribus nullum esse penitus accessum, illis ad testimonium perhibendum etc.“

6) „Dubius iu fide infidelis est. Nec eis omnino credendum est, qui fidem veritatis ignorant.“

7) „Testimonium quoque Christianorum adversus Judaeos in omnibus causis, cum illi adversus Christianos testibus suis uti praesumant, recipiendum esse censemus. Et anathemate decernimus feriendos, quicumque Judaeos Christianis voluerint praeferre in hac parte, cum eos Christianis subjacere oportet, et ab eis pro sola humanitate foveri.“

8) „Erstlich ordnen wir, daß unter den Personen, so approbirt oder von neuen instruirt werden, ihres Stands

die Bestätigung. Die Frage, was die Gesetze wegen der jüdischen Zeugen verordneten, müsse also dahin beantwortet werden, daß sie einen Juden als einen, gegen einen Christen unzulässigen, Zeugen bezeichneten und die Rechtssprechung habe jene harte Bestimmung nur und zwar insofern modificirt, daß sie die Unfähigkeit [2]) in eine blose Verdächtigkeit

---

und Wesen halben Unterschied gehalten und Aufmerkung gehabt werde, damit nicht die, so darzu von den Rechten verboten, als ungläubig, eigenleut, ehrloß, Infames genandt, — und in Summa alle, die in Rechten zu zeugen verworfen werden, dieweil sie an statt der Zeugen gebraucht werden."

9) Die ältere Praxis blieb bei dem Gesetz stehen, und ließ einen Juden gegen einen Christen gar nicht zu. Jedoch machte sie dann eine Ausnahme, wenn der Jude mit Christen zum Zeugen benannt wurde. Vergl.

Pufendorf: Observ. jur. univ. Tom. I. Observ. 109. „Contra Christianos orthodoxos haeretici vel qui Judaeicam superstitionem colunt, testes esse non possunt. — Quod merito ita accipiendum est, nisi — Judaici testes cum Christianis ad supplenda et adjuvanda horum dicta producantur. — Quam in rem summum tribunal Cellense in causa etc. d. 27. Oct. 1724. declaravit in hunc modum: Daß es in der am 14. hujus eröffneten Urthel keine andere Meinung habe noch haben könne, als daß über diejenigen Articulos, worüber zugleich Christen zu Zeugen vorgeschlagen, auch testes judaici als adminiculantes zu admittiren."

gemildert hätte, keineswegs aber ganz aufgehoben. So dürfe dee Richter den als verdächtigen Zeugen ansehen, welchen das Gesetz sogar für unfähig erkläre.

Canngiesser: Collect. notab. decis. supr. trib. Appell. Hasso-Cassell. Tom. I. Decis. 139.

„Es ist auch ex jure bekannt, quod judaei contra Christianum in causis judicialibus testes esse non possint, nisi concurrat Christianus.

Alldieweilen aber — die Appellantin in ihren gravaminibus ganz neue gefundene Zeugen, auch nebst dem jüdischen noch drei christliche Zeugen benennet, welche zusammen ohne Bedenken zum Beweis admittirt werden können ꝛc."

Vergl. noch Wagner: Grundzüge der Gerichtsverfassung und des prozessualischen Verfahrens bei den Untergerichten in Kurhessen. Marburg 1822. §. 84.

Berger: Oeconomia juris. Lib. IV. Tit. 24. §. 3. „Inidonei" (testes) „sunt — judaei contra Christianum in causis judicialibus — nisi concurrat Christianus. — Ita in causa etc. Senatus censuit."

Eine Entscheidung, worin der unbedingte Grundsatz ausgesprochen wurde, daß das Zeugniß eines Juden gegen einen Christen ganz unzuläſſig sey, theilt mit

Hert: Consiila et Responsa. Tom. II. Decis. 198. „Qui intra terminum probatorium scriptas saltem attestationes attulit — ad meliorem probationem admitti adhuc potest, si vero aliomodo contra Christianum probare nequeat, quam per judaeos, ulterior probatio concedenda non est."

Was die zweite Frage betreffe, ob diese Gesetze noch jetzt verbindende Kraft für das Richteramt hätten? so bekämpfe der Oberappellant den Satz, daß der Jude, einem Christen gegenüber, als ein verdächtiger Zeuge erscheine, durch Berufung auf die Intelligenz der Zeit und die Verfassungsurkunde.

Freilich falle es dem gesunden Menschenverstand schwer, Rechtsverschiedenheiten nach der Religion anzunehmen. Namentlich hätten sich die besseren juristischen Köpfe z. B. Hommel in seinen Rhapsodien Theil 1. Observ. 211. darüber beklagt, daß diese Verschiedenheit sich in der Lehre von den Zeugen geltend mache. Dennoch bestündeen bis auf den heutigen Tag diese Rechtsverschiedenheiten und daran trügen freilich die Juden ihrer Mehrzahl nach die Schuld. Denn sie bildeten bekanntlich nicht etwa blos eine besondere Religionspartheí, sondern wollten auch ein eigenes Volk seyn, welches die Wiederherstellung seines Staats erwarte. Dabei liege in ihnen, durch ihre eigenthümliche Verfassung, und, wie viele versichern, selbst durch angenommene Religionsgrundsätze des Talmuds meist verbildeten, Charakter nicht selten eine, durch Erfahrung bestätigte, Geneigtheit, die Christen im Verkehr zu beeinträchtigen, so, daß ältere und neuere, sowohl juristische [10]),

10) Der Referent bezog sich auf Tevenar: Theorie der Beweise im Civilprozeß, der S. 114 sage:

„Die Juden sind wegen ihres Anhangs an ihre

als nichtjuristische Schriftsteller (z. B. Oertel: Was glauben die Juden. Bamberg 1823.) den Judeneiden

Glaubensgenossen in Sachen ihrer Glaubensgenossen gegen einen Christen, wo nicht verwerfliche, doch verdächtige Zeugen."

Schneider: Vollständige Lehre vom rechtlichen Beweise, der im §. 139. lehre:

„Bei einem Rechtsstreit zwischen Christen und Juden ist ein Religionsgenosse des letzteren, als Producenten, zwar kein ganz unzulässiger, aber doch ein mangelhafter Zeuge."

und

Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses, erste Ausgabe §. 233. Note 9. *)

welcher derselben Ansicht zu seyn scheine, da er von den angeführten Gesetzesstellen sage, daß die darin enthaltenen Vorschriften, Juden seyen gegen orthodoxe Christen keine gültigen Zeugen, sehr zu modificiren seyen und Strube, den er nebst Tevenar und andern anführe, im dritten Band seiner rechtlichen Bedenken. Bed. 67. sich dahin äußere, daß in solchem Fall das Zeugniß eines Juden nicht genüge, um den Producenten zum Erfüllungseid zu lassen.

Daß ein Jude für einen Juden gegen einen Christen zum Zeugniß zuzulassen sey, wenn der Verdacht des Meineides cessire, und darum das richterliche Ermessen eintrete, lehrt

Cramer: Observ. jur. univ. Tom. II. P. I. Obs. 568.

„Jndaei pro Judaeo contra Christianum ad Testi-

*) Auflage 3. Bonn 1831. §. 258. Note 10.

das Gewicht voller Glaubwürdigkeit versagen zu müssen glaubten.

---

monium admittendi sunt, quando suspicio falsi seu perjurii cessat."
mit Bezug auf eine Entscheidung des Magistrats der Stadt Hamburg.

Stryk: Tractatus de Cautelis juramentorum. P. II. Sect. 1. Cap. 5. §. 122.
scheint der Meinung zu seyn, daß ein Jude dann zum classischen Zeugen werde, wenn es an sonstigen Beweismitteln fehle. Denn er sagt: „Quod si tamen veritas aliter haberi non possit, et ad eruendam veritatem Judaeus, tanquam testis, alias suspectus, admittendus erit." *)

Bayer: Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprazeß. München 1828. sagt S. 368 ꝛc. „Als relative Verdachtsgründe sind in den Gesetzen folgende ausgezeichnet. — 5) Religionsverschiedenheit, insofern, als Juden und Ketzer in Streitsachen eines rechtgläubigen Christen gegen diese ein gültiges Zeugniß ablegen können. — Eine scharfe Grenze zwischen civ. unfähigen und exceptionsmäßigen Zeugen läßt sich übrigens nicht ziehen. Will man in dieser Hinsicht auf die, in den Gesetzen vorkommenden Ausdrücke: non admittitur, repellantur, respuuntur und dgl. einen entschiedenen Werth legen, so gehören allerdings fol-

---

*) S. dagegen Linde: Lehrbuch Auflage 3. 1831. §. 259. a. E. „Der Mangel an andern Beweismitteln macht diese Zeugen aus verdächtigen nicht zu classischen."

Aus der Verfassungsurkunde folgere der Oberappellant zu viel. Diese sage weiter nichts, als im Art. 15:

„Nichtchristliche Glaubensgenossen haben das „Staatsbürgerrecht alsdann, wenn es ihnen das „Gesetz verliehen hat, oder wenn es einzelnen „entweder ausdrücklich oder durch Uebertra„gung eines Staatsamts stillschweigend verliehen wird [11]).“

---

gende Personen in die Classe der gänzlich unglaubwürdigen

a) ꝛc.

b) Ketzer und Juden gegen rechtgläubige Christen ꝛc.

11) In dem Vortrag des zweiten Ausschusses über den Antrag des Abgeordneten von Kuder, die bürgerliche Verbesserung der Israeliten im Großherzogthum Hessen betr. Von dem Abgeordneten Floret (Verhandlungen in der zweiten Kammer der Landstände des Großherzogthums Hessen im Jahre 1823 und 1824. Heft 3. Beilagen. Nummer 88.) heißt es: „Der angeführte“ (15te) „Artikel der Verfassungsurkunde ertheilt den nicht christlichen Bewohnern des Staats das Staatsbürgerrecht nicht im Allgemeinen, sondern erhält es nur denen, welchen es bereits gesetzlich zusteht, wie in Rheinhessen, und sichert es Einzelnen durch ausdrück- oder stillschweigende Ertheilung (wie durch Verleihung eines Staatsamts) zu.“

„Der Artikel hat durch diese Verfügung ohne Zweifel einen richtigen Mittelweg eingehalten, indem er bestehende gesetzliche Bestimmungen ehrt, berücksichtigt

Hiernach sey hinsichtlich der Juden der Art. 18. der Verfassungsurkunde:

---

er die noch vorhandenen und nicht auf einmal zu beseitigenden Hindernisse, welche der allgemeinen Gewährung des Bürgerrechts noch entgegenstehen und eröffnet jedem Einzelnen die Aussicht, dasselbe nach gehöriger Prüfung seiner Verhältnisse gestattet zu erhalten. Da der Staat außerdem sich mit den Mitteln beschäftigt, die Hindernisse zu entfernen, welche aus der bisherigen sittlichen Bildung eines großen Theils der israelitischen Einwohner und deren bürgerlichen Verhältnissen und Gewerben gegen die gleiche Aufnahme in den Bürgerverein hervorgiengen, so scheint es noch nicht an der Zeit zu seyn, gegenwärtig schon die Bedingungen gesetzlich auszusprechen, unter denen das Staatsbürgerrecht ausdrücklich verliehen werden könne, indem zu fürchten seyn möchte, daß man dadurch den Erfahrungen vorgreifen werde, welche die Resultate der Bemühungen für die Verbesserung der sittlichen Bildung der Israeliten uns demnächst darbieten werden. Es scheint vielmehr zweckmäßig zu seyn, hiermit noch Anstand zu nehmen, da es unverkennbar ist, daß jene Erfahrungen wesentlichen Einfluß auf die Beschaffenheit jener gesetzlichen Bedingungen haben müssen."

„Es kann dieses um so unbedenklicher geschehen, als das Großherzogl. Ministerium des Innern durch eine Verfügung vom 12. September 1821 sehr zweckmäßige Bestimmungen festgesetzt hat, nach welchen bei Ertheilung des Staatsbürgerrechts an Israeliten verfahren wird und bei denen es also vor der Hand in der Ausführung belassen werden kann, bis daß nähere Erfah-

„Alle Hessen sind vor dem Gesetz gleich“
zu interpretiren [12]).

Das oberste Gericht erkannte nach dem Antrag des Referenten, mit dem sich der Correferent confor-

---

rung diesen Gegenstand zu einer genaueren Gesetzgebung vorbereitet hat.“

Vergl. besonders die interessanten Verhandlungen über die staatsbürgerliche Gleichstellung der Juden mit den Christen in der zweiten Kammer der Stände des Großherzogthums Baden im Jahr 1831, wobei sich die meisten Redner dahin aussprachen, daß, so lange bei den Juden das bürgerliche und religiöse Gesetzbuch eins sey, und die Grundansicht durchherrsche, daß sie nicht nur eine Kirche bilden wollten, sondern auch eine Nation, so lange sie den Lehren des Talmuds folgten, welche namentlich die falschen Eide gegen Christen rechtfertigten, sie sich selbst diese Gleichstellung versagten.

S. Badisches Landtagsblatt. Nro. 50—55.

12) Am Schluß seines Gutachtens berührte der Referent die frühere Rechtssprechung des höchsten Gerichts. In Sachen weiland Pfarrer Haberk. Wittwe zu Münster bei B. und deren Kinder gegen weiland Joh. Christoph Hammersch: Wittwe und Kinder zu B. habe dasselbe unterm 8. Juni 1764 folgenden Bescheid erlassen:

„Nachdem Revidenten nur einen Zeugen, noch dazu einen Juden, angegeben, dergleichen aber in gerichtlichen, zwischen christlichen Partheien obwaltenden Streitigkeiten, denen Rechten nach, nicht zuläßig, daß solchem nach der allein benamte Jud Sa-

mirte und schlug (unttrm 9. September 1828) die Appellationsprozesse ab [13]).

---

muel Schmul als Zeuge nicht zu admittiren und dessen gesuchte Abhör unstatthaft sey, es wäre denn, daß Revidenten — einen oder mehrere christliche Mitzeugen angeben und benennen, oder andere unverwerfliche adminiculirende Gründe zeigen werden, so soll alsdann weiter ergehen, w. R."

In einer andern Rechtssache (in Sachen des Fürstlich Hessen=Casselischen Geheimenraths v. N. zu Gunderh. gegen den, Hofagenten Isaak Löb B. in Frankfurt) habe sich das höchste Gericht in einem Urtheil vom 9. Januar 1795 dahin ausgesprochen, daß Juden, ob sie gleich nicht völlig glaubwürdig seyen, nach unbezweifeltem Gerichtsgebrauch dann zum Zeugniß gegen einen Christen zugelassen würden, wenn ein christlicher Zeuge mit aufgeführt werde, oder nach der Natur des Geschäftes die Wahrheit nicht anders ermittelt werden könne.

Der oberste Gerichtshof habe sich daher von jeher zu der Theorie bekannt, daß immerhin ein Jude gegen einen Christen nicht als glaubwürdiger Zeuge erscheine, sondern als verdächtiger Zeuge angesehen werden müsse.

13) Nach gleichem Grundsatz erkannte Großherzogliches Oberappellationsgericht unterm 25. Juni 1829. in Sachen des Handelsmanns L. G. dahier gegen den judischen Handelsmann J. T. hierselbst.

M.

Ueber das beneficium novorum in der Appellations-Instanz.

Der erste, in diesem Bändchen S. 28 — 45 mitgetheilte Rechtsfall: Ueber die Verjährungszeit der Injurienklage auf Abbitte, Ehrenerklärung, Widerruf gab dem höchsten Gericht zugleich Veranlassung, seine Ansichten über das **beneficium novorum** in det Appellations-Instanz auszusprechen. Es nahm an, daß die, von dem Beklagten vorgeschützte Einrede der Verjährung an und für sich begründet sey, weil die, auf Abbitte und Ehrenerklärung gerichtete, Klage nach Ablauf eines Jahres angestellt worden sey, und eine solche Klage mit Ablauf eines Jahres verjähre [1]). Dagegen zog es die Frage in Betracht, ob diese Einrede, als erst in der Appellations-Instanz vorgeschützt, zu beachten sey?

Der Referent trug, einverstanden mit dem Correferenten, darauf an, daß die, von dem Beklagten gegen die Entscheidung des Mittelgerichts als Erkenntniß in zweiter Instanz ergriffene Appellation, weil sie lediglich eine, erst in der Appellations-Instanz vorgebrachte Einrede betreffe, zu verwerfen sey.

Im Eingang des Gutachtens erwähnt der Referent eines Präjudizes des obersten Gerichts aus dem

1) S. Seite 44.

Jahr 1818 in Sachen des Joh. Georg B. in R. gegen Elisabethe B. von Dr. Großherzogl. Hofgericht in Gießen habe in dieser Sache (unterm 3. März 1816) zu Ungunsten der Letzteren erkannt. Diese habe darauf die Berufung an das höchste Gericht ergriffen. In dem Rechtfertigungslibell habe sie angeführt, daß sie die, von ihr nachgesuchte, Restitution auf jetzt erst aufgefundene Thatsachen gründe, und diese angegeben. Mit einem Nachtrag zum Appellationslibell habe sie eine erhebliche öffentliche Urkunde vom 13. September 1816 beigebracht. Diese neue Einrede sey berücksichtigt worden und habe nach hergestelltem Beweis eine, für die Appellantin günstige Entscheidung zur Folge gehabt. Indessen dulde, fügte der Referent hinzu, dieses Präjudiz für den vorliegenden Fall keine Anwendung, da der Beklagte schon in erster Instanz Gebrauch von der Einrede habe machen können, welche er erst in der zweiten Instanz beigebracht habe und dieses unterlassen habe. Im Verlauf des Gutachtens selbst entwickelte der Referent, unter Hinweisung auf die Literatur, seine Ansicht, daß nach den Grundsätzen des deutschen Prozesses [2]) und der Gesetzgebung des Großherzogthums,

---

2) Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. Aufl. 3. Bonn 1831. §. 203. 108. 109.
Derselbe: „Ueber das neue Vorbringen in der höheren Instanz" (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Linde, Marezoll und von Wening-

besonders nach den Vorschriften der Prozeßordnung

Ingenheim. Band 4. Heft 3. Gießen 1831. Abhandlung XIX, S. 460 — 484.) S. 484 — 487. „Was nun den Umfang des Rechts, in der Appellations-Instanz neue Thatumstände und Beweise vorzubringen, anbetrifft, so kann

A. das neue Vorbringen nirgends dazu benutzt werden, auf neue Thatsachen neue Ansprüche, sey es als Klage, als Einrede oder als Widerklage zu gründen, denn hierdurch würde offenbar die Identität des Rechtsstreits aufgehoben."

„Diese Regel liegt schon bestimmt im röm. Rechte: „Licentia pateat in exercendis consultationibus novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae"; wird anerkannt im canonischen; sie folgt aus den Grundsätzen über die Klageänderung und die Präklusion der Einreden. Daß das neue Vorbringen weder eine Veränderung der Klage, noch des Gegenstandes des Prozesses enthalten dürfe, wurde insbesondere durch die C. G. O. sehr deutlich anerkannt, wo es heißt: „Und soll in solchen Sachen, da von endt oder beiurtheilen, so kraft einer endturtheil haben, appellirt, solche Beweisung, so viel deren zu Justification und vollen führung der Appellation dienlich, nit allein auß den Akten voriger Instanz, sondern auch aus neuen ursachen zu schöpfen zugelassen. Doch daß die neuen Artikel der Klage in erster Instanz gemäß, und aus derselbigen gezogen seyn, und nicht auf andere Klagen oder Sachen, darum

v. J. 1724 Theil I. Tit. 3. §. 3. [3]) und Theil II. Tit. 4. §. 12. [4]) ganz neue Einreden in der Appellations=Instanz nicht zulässig seyen, indem deren Zulässigkeit mit der Wirkung der peremtorischen Termine streiten würde.

Großherzogl. Oberappellationsgericht erkannte nach

---

nicht geklagt, gestellt werden;" aber eben so deutlich geht aus derselben E. G. O. hervor, daß nur solche Einreden, welche schon in voriger Instanz vorgebracht, in der Appellations=Instanz wiederholt eingebracht werden konnten; denn es heißt Th. III. Titt. 33. §. 4. „Dergleichen, so die andere Parthei peremtorias oder andere exceptiones von neuem einbringen und beweisen wollt, u. s. w.," und es ist ein wesentlicher Unterschied, ob man eine neue Einrede (eine Einrede neu) vorbringt, oder ob man eine Einrede von neuem vorbringt; dieses letztere enthält ein wiederholtes Vorbringen." — —

3) „In termino ist zuvörderst die Güte zu tentiren, in deren Entstehung aber hat der Kläger sich auf seine übergebene Klagschrift blosserdings zu beziehen, der Beklagte aber seine exceptiones — so viel thunlich und ohne Präclusion derer etwa erst hernach entstehenden — simul — einzuwenden."

4) „In primo hoc termino soll des Beklagten Anwalt seines Principalen exceptiones dilatorias mit einander — ad protocollum geben. Wenn aber deren keine vorhanden, litem pure contestiren und seines Principalen exceptiones peremtorias ebenfalls miteinander und auf einmal sub poena praeclusi schriftlich einbringen."

dem Antrag des Referenten und Correferenten [5]) indem es auf Veranlassung dieses Rechtsfalls folgende Grundsätze über das beneficium novorum [6]) in

---

5) Siehe S. 45.

6) Vergl. darüber besonders

Sadewasser: Diss. de beneficio nondum deducta deducam, non probata probabo. Halae 1722.

Hommel: Rhaps. quaest. Vol. VI. Obs. 162.

v. Riedesel: Vorträge an den vollen Rath des Kaiserlichen Kammergerichts über einige wichtige Materien des kammergerichtlichen Prozesses. Jena 1791. „Dritter Vertrag an das hohe Plenum camerale über die von Kaiserlicher Magistrat und dem Reiche zum Bericht nnd Gutachten dieses Kaiserl. Kammergerichts ausgesetzte Materie von dem remedio novae supplicationis und ulterioris deductionis.“ S. 225 — 400.

Danz: Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerl. Prozesses. §. 416.

Gönner: Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Band 3. Abh. 60. §. 8. ꝛc.

Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen ordentlichen Prozesses. Aufl. 10. §. 292.

v. Almendingen: Metaphysik des Civilprozesses. Th. 1. S. 101.

Grolman: Theorie des gerichtl. Verf. in bürgerlichen Rechtsstreit. §. 214.

Hefft er: Institutionen des römischen und deutschen Civilprozesses. Bonn 1825. S. 475 ꝛc.

Linde: Lehrbuch §. 405. 412. 420. 324. und dessen angeführte Abhandlung.

Waldeck; Controversenentscheidungen des gemeinschaft-

der Appellations-Instanz zu Präjudizien [7]) erhob:

---

lichen Ober-Appellationsger. zu Wolfenbüttel. Braunschweig 1827. Th. 1. N. 10. S. 172 — 177. „De beneficio appellationis, nondum deducta deducendi et nondum probata probandi.“

Spangenberg: Ueber das beneficium nondum deducta deducendi et nondum probata probandi“ im Archiv für die civilistische Praxis. Band 9. Abh. III. und im Band 8. Abth. 2. von Hagemanns Praktischen Erörterungen. Num. 10. S. 84 ꝛc.

7) S. allgemeine juristische Zeitung v. J. 1829. N. 86. S. 344.

Ueber die partikularen Gesetzgebungen und resp. die Praxis einzelner deutschen Gerichte vergl. unter andern

v. Kamptz: Handbuch des Mecklenburgischen Civilprozesses. Zweite Ausgabe, bearbeitet von Freiherrn v. Nettelbladt. Berlin 1822. §. 189. „Recht des neuen Vorbringens“ S. 387. 388.

„Sowohl dem Appellanten, als dem Appellaten steht es frei, in den Ausführungen für die Berufungsinstanz Gesetze und Rechtssätze in Anspruch zu nehmen, die bisher nicht angeführt, auch können sie aus den hingestellten factis Rechtsverhältnisse herleites, die früher nicht geregt waren. Neue factische Umstände dürfen aber, insoweit der Klagegrund sich dadurch verändert, nicht unterstellt werden. Ueberhaupt nur, wenn der Anführende glaubhaft bescheischeiniget, oder nach richterlichem Ermessen körperlich schwört: daß er die neuen facta während der Verhandlung in der vorigen Instanz noch nicht gekannt oder sie nicht in der Absicht, den Prozeß zu verlängern, zurückgehalten habe.“

1) Sobald die sententia a qua in sich selbst (nach

„Hieraus folgt, daß das Recht des neuen Vorbringens, auch auf in erster Instanz versäumte Einreden oder auf den Widerruf gerichtlicher Eingeständnisse, ohne gesetzliche Restitutionsgründe keine Anwendung finden, auch unter keinen Umständen auf dergleichen nova allein ein reformatorisches Erkenntniß begründet, vielmehr solcherhalb nur zur Verhandlung in erster Instanz verwiesen werden kann."

„Eben diese Grundsätze entscheiden über die Beibringung neuer Beweismittel für die früher aufgestellten Behauptungen, wenn der Beweis noch nicht desert ist."

Nettelbladt: Rechtssprüche des Ober-Appellationsgerichts zu Parchim. Band 1. Berlin 1821. S. 52 bis 88. 1) ꝛc. 2) ꝛc. 3) „Vom Recht des neuen Vorbringens in der Appellations-Instanz." Der Kläger hatte in der dritten Instanz seine Beschwerde gegen das Urtheil zweiter Instanz wiederholt und ein novum durch die Behauptung vorgebracht, daß Beklagter aus erbschaftlicher Succession verpflichtet sey. Darauf heißt es im Urtheil dritter Instanz vom 19. April 1819:

„So viel die erst in gegenwärtiger Instanz vorgetragene Behauptung betrifft, daß Beklagter zur Berichtigung der zur Frage stehenden Schuld als Erbe des Contrahenten verpflichtet sey, so involvirt dieselbe eine wesentliche Veränderung in der Begründung der Klage und findet sie deshalb in gegenwästigem Rechtsstreit keine Berücksichtigung, sondern wird dem Appellanten überlassen, dieserhalb eventualiter eine besondere Klage in erster Instanz, insofern er solche begründet erachtet, anzustellen."

den Verhandlungen der früheren Instanz), keine Be-

---

v. Hohnhorst: Jahrbücher des Großherzogl. Badischen Oberhofgerichts zu Mannheim. Zweiter Jahrg. 1824. Mannheim 1825. S. 250. „Beweisführung. Zulässigkeit eines in dritter Instanz angetretenen oder verbesserten Beweises."

„Nach der richtigen Anwendung der O. Ger. Ord. und besonders nach der Rechtsbelehrung vom 3. Juni 1812 ist ein solcher Beweis in superappellatorio nicht mehr zulässig, wenn schon in erster Instanz auf Beweis erkannt, derselbe aber nur unvollständig angetreten und in zweiter Instanz das Versäumte nicht nachgeholt wurde, wo dann der neue bessere Beweis nicht mehr in dritter Instanz, sondern alleufalls in zweiter Instanz per modum restitutionis vorgebracht werden kann." *)

Canngiesser: Collect. notab. decis. supr. trib. Appell. Hasso-Casell- Tom. I. Decis. 28. „In appellationis instantia etiam probationes, in prima instantia desertae, non nunquam admittuntur." — „Dieweil aus andern praejudiciis bekannt ist, daß man bei diesem Tribunal ex supposito beueficio non deducta deducendi et non probata probandi, die auch von vielen Rechtslehrern mit einleuchtenden Gründen behauptete Meinung angenommen, daß ein Appellant, wenn er sich schon in priori instantia an seinem Beweis verspätet, in appellationis instantia, accedentibus praesertim causis rationalibus, annoch zu hören

---

*) Nach dem Art. 144. der Großherzogl. Bad. Obergerichtsordnung ist beiden Theilen das benef- non dum deducta etc. unbedingt gestattet.

schwerde enthält, kann durch bloses neue Vorbrin-

---

sey." Dec. 42. „ist nicht zu läugnen, daß, wenn sonsten der offerirte Beweis an sich etwas releviren könnte, der Appellant mit demselben annoch in der Appellations-Instanz zu hören seyn dürfte, weil er nicht allein neue Zeugen denominiret, sondern auch besonders in denen Additionalartikeln auf das factum dolosae inductionis et prohibitionis den Beweis dirigirt hat." Dec. 80. „An post publicatas, in secunda „instantia attestationes, in secunda iidem vel alii „testes examinari queant."

"Sententia.

„In Sachen des Kammerherrn von B. zu W. wider die Gemeinde D. ist auf das Verhandelte — zu Recht erkannt:

daß der Appellant denen vorkommenden Umständen nach zu dem, in hac instantia anerbottnen Beweis — zu lassen und des Endes die denominirten Zeugen — abzuhören seyen.

Votum.

Nach vorstehender Lage der Sachen wird demnach zu untersuchen seyn:

„ob der Appellant das vorgeschriebene probandum „durch die abgehörten Zeugen nothdürftig beigebracht „habe?"

— — Status controversiae besteht demnach hierin:

„ob derselbe mit sothanem weiteren Beweis noch zu „hören sey?"

Ob dann nun zwar gemeiniglich dafür gehalten werden will, daß kein neuer Beweis per testes in der Appellations-Instanz zulässig sey. Demnach aber und

gen eine Appellation in keinem Fall begründet werden.

---

dieweil es in substrato nicht sowohl auf einen neuen Beweis, als welcher zum Theil durch die abgehörten Zeugen guten Theils beigebracht worden ist, sondern nur auf die Erläuternng des von den Zeugen theils zu generell, theils auch zu dunkel angegebenen termini ad quem ankommt, in welchem Fall selbst von denen das Gegentheil statuirenden Doctoribus ein solcher Erläuterungsbeweis nachgegeben wird. Ueberhaupt auch einer solchen Limitation es nicht einmal bedarf, indem nach der, auf den recess. noviss Imper. §. 64. sich gründenden Doctrin des

Mev. P. 8. Decis. 48. *)

---

*) „Probatio per testes in secunda instantia super ar„ticulis plane contrariis admittitur.“

„Est ICtorum de eo altercatio, utrum post publicatas in prima instantia attestationes, in secunda iidem vel alii testes examinari queant. Quid juris sit, quoad eosdem articulos alia causa scribendi, et super eo judicium referendi occasionem dedit, incidit vero et ille casus, ubi appellans super articulis plane contrariis probationem, eamque per testes novos adferebat, inque eo sita erat vis gravaminum appellationis, hac futura frustranea, nisi ad illam admitti posset. Sicut autem olim decisum fuit, super iisdem articulis testes alios in secunda instantia admitti, ita nunc conclusum, perinde etiam super plane contrariis per istos probationem non esse rejiciendam. Convenit hoc beneficio secundae instantiae, ut non deducta deducere, non probata probare liceat, inani futuro,

indistincte ein solcher neuer Beweis super iisdem vel plane contrariis articulis in secunda instantia per testes zulässig ist. Wobei auch sich um so weniger weiter aufzuhalten seyn wird, als diese Meinung bei hiesigem Tribunal recipirt und solchergestalt nach kürzlich gesprochen worden. So etc."

Berger: Oeconomia juris. Lib. IV. Tit. XXVIII. Th. VI. Nota 3. „In appellationis instantia super iisdem, directe contrariis, articulis admitti quidem instrumenta L. 4. Cod. de temp. et repar. appell. non item testes, ob metum subornationis. Clement ult. de test. p. 1. c. 21. at, jure saxonico, ne quidem instrumentis regulariter locus datur, propterea, quod terminus probatorius, eodem jure, est peremtorius."

---

si non alia probatio appellanti super contrariis articulis permissa fuerit. Cum in prima instantia liceat tam Reo, quam actori, articulos seu positiones contrarias facere, ideo contrariis probationibus uti, non potest id denegari in secunda, ubi reducuntur omnia ad tempus litis contestatae, et perinde est, ac si inciperet lis. Tantum opponitur cum juris Canonici aliter caventis textus, tum quae est illius ratio, metus subordinationis, ob quem generatim post semel didicita attestata testium examen non admittitur. At ille a jure civili et imperii praxi aliena non ultra valet, quam receptus reperitur. Hic vero ut in secunda instantia tantus non est, et quoque praevideri potest, ita minus curatur. In causa Johann Möllers et Provisorum S. Spiritus Hospitalis in Stralsund, contra Bernhard Friedrich Behren."

bringen ist eben so wenig als die Vorbringung neuer

Berger: Decis. summi provoc. senatus Electoralis Saxonici. Dec. 374. „Post terminum probatorium novae probationes regulariter non admittuntur, nisi quis instrumenta noviter reperta producat eademqae jurejurando calumniae confirmet. Ordo proc. tit. 24, §. 1.“

Spangenberg berührt im fünften (und letzten) §. seiner Abhandlung (im 8. Band von Hagemanns praktischen Erörterungen) die Gesetzgebung des Königreichs Hannover, insoweit sie das beneficium novorum betrifft. Er bemerkt, daß, da die Untergerichtsordnung den Beweistermin und die Beweisfrist, ihrer Eigenschaft nach, für so peremtorisch erkläre, daß die unterbliebene Antretung des Beweises auch ohne Ungehorsamsbeschuldigung den Verlust des Beweises zur Folge habe, hieraus folge, daß ein Vorbringen neuer Beweise in der Appellations-Instanz unzuläßig sey. (Es müsse, sollte auf das beneficium novorum von den Justizkanzleien Rücksicht genommen werden, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Beweisfrist erwirkt werden) und fährt dann in Folgendem fort: „Von ganz verschiedenen Ansichten sind dagegen die, den Mittelgerichten vorgeschriebenen Prozeßordnungen ausgegangen.

1) Nach der Hildesheimischen Hofgerichtsordnung ist die Beweisfrist ipso jure zerstörlich, so, daß der Beweis nach Verlauf der Beweisfrist als erloschen angesehen wird, ohne daß es einer Ungehorsamsbeschuldigung des Gegentheils bedürf-

te. Dagegegen äußert sie sich über das beneficium novorum selbst nicht."

„Nach den, in Betreff der Untergerichte ausgedrückten Grundsätzen, würde daher das mit einer Appellation an das höchste Landesgericht gebrachte, beneficium novorum stets als unstatthaft zurückgewiesen werden müssen, wenn mittelst desselben, nach erfolgter Desertion des Beweistermins, neue Beweise in der dritten Instanz vorzubringen, versucht seyn würden."

„2) Die Calenbergische Canzleiordnung verfügte, daß sämmtliche Einreden, bei Strafe des Verlustes derselben, wenigstens mit der Litiscontestation vorzubringen seyen, und daß zur Beweisführung ein gewisser, dem Ermessen des Richters überlassener Termin, so gleichfalls jederzeit praejudicialis seyn soll, angesetzt, das Beweisthum sub poena praeclusionis binnen solcher Zeit geführet und sothaner terminus ohne Beibringung rechtlicher Hindernisse nicht prorogirt werden soll. Sie bestimmt ferner über die Wirkung präjudicieller Termine, daß, wenn dieselben nicht eingehalten würden, dem Gegner ein jus quaesitum zustehe, „und auf gebührendes Anrufen stracks in contumaciam verfahren werden solle" und besagt endlich über das beneficium novorum selbst folgendes: „Und weilen das beneficium non deducta deducendi et non probata probandi manchesmal zu vorsätzlicher Verlängerung des Prozesses mißbraucht, und um deßwillen zu gefährlicher Aufschub der Sachen in der ersten Instanz ganz schläfrig die Nothdurft tractirt wird, so ordnen und wollen Wir, daß zwar in der Appella-

3) Außer den vorbemerkten beiden Fällen soll dem

---

tions- und Supplications-Instanz nicht allein, was in erster Instanz nicht deducirt oder vorgekommen, von neuem zu deduciren und beizubringen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorgebracht worden, ferner und besser zu beweisen verstattet werden solle, jedoch mit dieser Maaße und Bescheidenheit, daß nicht allein der Appellant nach Anleitung des jüngsten Reichsabschieds de anno 1654. §. Wie ebenmäßig, bei Einführung der Appellatian, sondern auch der Supplicant bei einbringender Justification sich zum Eide erbieten, und denselben auf Anhalten des Gegentheils oder des Richters Gutbefinden und Erkenntniß dergestalt zu leisten, vor allen Dingen schuldig seyn soll: daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches damal nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich und nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechten, dienlich und nothwendig sey. Wollte aber ein Supplikant oder Appellant nur über dasjenige, so in voriger Instanz allbereit eingekommen, die unterlaufene Umstände der Sachen lassen vorstellen, und deßfalls ein mehrers ausstellen und beweisen; soll ihnen auch, ohne jetzt erwähnte Eidesleistung, solches zu thun, unbenommen bleiben.''''

„Da dieses Gesetz den Beweistermin an und für sich und seiner Eigenschaft nach, für peremtorisch erklärt, die Zeitdauer der Beweisfrist aber zu bestimmen, dem Richter überlassen hat, dann aber die

Appellanten sowohl, als dem Appellaten das Vor-

---

allgemeine Vorschrift giebt, daß alle präjudiciellen Termine erst dann die volle Wirkung der Peremtion haben sollen, wenn der Gegner den Ablauf derselben acceptirt oder accusirt haben würde, so würde nach dem Buchstaben desselben, nicht die bloße Desertion, sondern nur die accusata contumacia wirklich ausgesprochene Präclusion mit dem Beweise das Vorbringen neuer Beweise in der Appellations-Instanz unstatthaft machen, mithin jenes Erbieten zum neuen Beweise immer insofern noch zulässig seyen, als daneben der hier bezeichnete Appellationseid, wenn er nicht, wie jedoch geschehen, aufgehoben wäre, ausgeschworen seyn würde. Dagegen ist aber zu bemerken, daß eine constante Praxis der Justizkanzlei zu Hannover, in neueren Zeiten stets angenommen hat, daß selbst die, dem richterlichen Ermessen zu bestimmen überlassene, Beweisfrist dermaßen peremtorisch sey, daß ihre bloße Desertion, den Beweisführer mit dem Beweise ausschließe, ohne daß es einer Acceptation oder einer accusatio contumaciae von Seiten des Gegners bedürfe."

Die Cellische Canzleiordnung schreibt in Bezug auf den Beweistermin wörtlich vor: „Damit aber mit dem Beweisthum allerseits desto schleuniger verfahren werde, so setzen und wollen Wir, daß, sobald nach der Kriegsbefestigung dem beweisführenden Kläger oder Beklagten ein terminus von sechs Wochen zur Einbringung seiner Beweisartikel — berechnet, selbiger nicht weniger, als alle andere pro praejudiciali gehalten und hiergegen alle fernere dila-

bringen neuer Thatumstände und Beweise zwar an

---

tiones probandi abgeschnitten — seyn sollen," und wiederholt sie außerdem die Verfügung der Calenbergischen Canzleiordnung über den Appellations-Eid wörtlich.

Sie bestimmt daher einen peremtorischen Beweistermin, sowohl seiner Eigenschaft, als der Zeitdauer nach, gesetzlich, und äußert sich nur nicht darüber, ob die Desertion jenes Termins ipso jure die Peremtion nach sich ziehe, oder vielmehr erst accusata centumacia abseiten des Gegners eine Präclusion mit dem Beweise, ausgesprochen werden müsse, damit jene peremtorische Wirkung in voller Maaße einträte."

„Da jedoch in derselben auch die Zeitdauer gesetzlich vorgeschrieben, und der richterlichen Bestimmung nicht überlassen ist, so dürfte es wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die Ansicht der Praxis, welche zu einer Desertion des Termins, die Acceptation des Gegners nicht erfordert, sondern selbige durch den unbenutzten Ablauf der Frist, ipso jure eintreten läßt, die richtigere sey."

„Die Lauenburgische Hofgerichtsordnung erklärt, grade, wie der jüngste Reichsabschied, die Termine zur Litiscontestatton und Beibringung der Einreden für präjudiciell, bestimmt den Beweistermin im Allgemeinen verschieden, indem sie für den Urkundenbeweis eine sächsische Frist, für den Zeugenbeweis aber zwölf Wochen vorschreibt, und im übrigen auf die gemein beschriebenen Rechte verweist; endlich aber über das Beneficium novorum sich gar nicht äuf-

sich — jedoch in dem Fall, wo in früherer Inhanz

---

sert. So kennt daher einen peremtorischen Beweistermin an und für sich eben so wenig, wie das gemeine Recht, auf welches sie sich bezieht, und dieses um so weniger, als sie in Hinsicht desselben gleichfalls nicht auf die Präjudicialität der erst gedachten Termin zurückgewiesen hat, so daß es kaum zweifelhaft seyn dürfte, daß in Rücksicht des mit der Appellation verbundenen beneficii novorum, welches in Gemäßheit dieser Hofgerichtsordnung zur Hand genommen werden möchte, nur diejenigen Grundsätze zu befolgen seyn dürften, welche oben unter Nro. II.*) angeführt worden sind."

„5) Die *Stadische* Hofgerichtsordnung kennt nur einen peremtorischen Beweistermin, seiner Eigenschaft nach, wiewohl sie die Bestimmung der *Zeitdauer* dem Richter überläßt. Das beneficium novorum wird von ihr bei der Appellations-Instanz nur angedeutet, bei der Supplikations-Instanz ausgeschlossen, welcher Ausschluß aber durch eine spätere Verordnung vom 6. Sept. 1799 aufgehoben und die Zulässigkeit dieses beneficii auch für die Supplications-Instanz anerkannt ist. Ob die von dem Richter bestimmte *Zeitdauer* auch insofrrn als peremtorisch anzusehen sey, daß, ohne eine accusatio contumaciae des Gegners zu erwarten, die Desertion ipse jure eintrete, ist in derselben nicht gesagt; indessen bezeugt ihr Verfasser, *Mevius*, daß es zwar an und für sich einer solchen accusasio contumaciae nicht bedürfe, um den Produ-

---

*) §. 3. der Abhandl.

ein Beweis = (Gegenbeweis) Termin anberaumt war

---

centen mit seinem Beweise auszuschließen, wiewohl er an einer andern Stelle dafür hält, daß neue Beweise dennoch mit dem beneficio novorum noch in der Appellations = Instanz vorgebracht werden könnten; insofern nur ein Impediment, weshalb der Beweistermin nicht eingehalten sey, docirt werden könne."

„Daß diese Ansicht inconsequent sey, ergiebt das oben ad Nro. III.*) Bemerkte; den Worten der Hofgerichtsordnung nach, würde vielmehr anzunehmen seyn, daß zwar eine ipso jure eintretende Desertion nicht von Einfluß seyn könne, daß jedoch eine auf Acception der versäumten Beweisfrist, ausgesprochene, Präclusion mit dem Beweise allerdings die Wirkung haben müsse, die Production neuer Beweise mittelst des beneficii novorum als unzulässig darzustellen."

„Endlich verfügt noch das Justizreglement von 1718, welches jedoch nur in den Fürstenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen, so wie in den Fürstenthümern Lüneburg und der Grafschaft Hoya und Diepholz gesetzliche Kraft hat, über das beneficium novorum Folgendes: „Sollte auch ein Appellant sich des beneficii non deducta deducendi und non probata probandi bedienen wollen, so soll derselbe in dem libello appellationis ausdrücklich anzeigen, was er ferner deduciren und erweisen wolle, und Ursachen, warum dieses in voriger Instanz nicht geschehen oder geschehen können, vorbringen, dann ferner die Beweismittel dem Libell beilegen, welche denn das

---

*) §. 4. der Abhandl.

und dieser verstrichen, der Gebrauch neuer Beweis-

judicium mit Fleiß lesen, examiniren und ponderiren soll, ob solche Beweismittel zulänglich und die Sache zu halten vermögen oder nicht, und auf den ersten Fall — — — zu dem Beweise erforderliche Anstalt machen; im Fall aber solcher Beweis nicht zulänglich gefunden würde, die Parthei sogleich damit abzuweisen. Fände sich aber auch, daß der Appellant dasjenige, was er aufs neue vorbringt, malitiose und zum beflissentlichen Aufenthalt der Sache in der ersten Instanz fürzubringen unterlassen, soll er ehender damit nicht gehört werden, er habe denn dem Appellanten alle desfalls verursachten Unkosten bezahlt. Sollte sich auch finden, daß die Appellatio gar frivole sey, soll der Appellant zugleich zur Erstattung der Unkosten, und nebst dem Advocato nach Befinden in eine Geldstrafe condemnirt werden."

„Diese Vorschrift ist um deswillen sehr bemerkenswerth, da der in der Calenbergischen und Cellischen Canzleiordnung vorgeschriebene Appellationseid durch dieselbe beseitigt worden ist, indem anstatt desselben die Angabe specieller Ursachen, warum die neuen Ausführungen und Beweise nicht in erster Instanz beigebracht worden, verfügt, und den Appellanten in die Kosten des Verfahrens zu nehmen, geboten, ja sie auch denselben, wenn die Appellation gleichfalls frivol war, so wie seinen Sachführer mit Geldstrafen bedroht hat."

„Auch die Oberappellations-Gerichtsordnung, welche sich im Grunde nur auf das bei diesem höchsten Landesgerichte zu beobachtende Verfahren be-

mittel, ceteris partibus, nur alsdann erlaubt seyn,

---

zieht, und daher speciell nur von dem beneficio novorum redet, welches bei Gelegenheit der Ausführung von noch zulässigen Rechtsmitteln gegen Erkenntnisse dieses selbigen Gerichts, insofern nicht das wirkliche Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gebraucht worden ist, mit ausgeführt wird, kennt in dieser Hinsicht den Appellationseid nicht weiter, indem sie vielmehr die oben ausgehobene Stelle aus dem Justizreglement wörtlich wiederholt."

„Dagegen verfügt sie im Allgemeinen, daß jeder schuldig seyn solle, den Reichskonstitutionen gemäß, „alle und jede Exceptiones, die er zu haben vermeint, so weit solche im appellationis instantia statt haben, bei Verlust derselben und des daher etwa kompetirenden Rechts auf einmal zu verhandeln," ferner: daß der in den ersten beiden Tagen der nächsten Juridik, zu beobachtende Beweistermin, sub poena praeclusionis einzuhalten sey, ohne daß es, wie aus den ferneren Bestimmungen geschlossen werden muß, einer besondern accusatio contumatiae des Gegners bedürfen, und endlich: daß namentlich nach versäumtem Beweistermin neu aufgefundene Urkunden nicht anders zu produciren zulässig seyen, als wenn eine justa causa restitutionis in integrum stattfinde, oder, „da einer sodann erst solche Briefe aufgefunden und dasselbe und daß er solche Urkunden nicht gefährlicher Weise, um den Gegentheil in Unkosten zu führen, bishero hinterhalten, mit einem körperlichen Eide erhärten könne, als auf welchen Fall er annoch mit der Production solcher Documente zu hören wäre."

wenn der Producent den im jüngsten Reichs-Abschied

„Zweifelhaft und bestritten ist es dagegen immer geblieben, ob nach erloschener Beweisfrist auch noch neue Zeugen producirt werden können, da die Oberappellations-gerichts-Ordnung solches nur ausnahmsweise, und nur dann, wenn der Beweisführer binnen der Beweisfrist schon Zeugen benannt hat, gestattet. Da jedoch in dieser Gerichtsordnung ein sowohl seiner Eigenschaft als seiner Zeitdauer nach für peremtorisch erklärter gesetzlicher Beweistermin festgesetzt ist, so scheint es nicht füglich geläugnet werden zu können, das nach Ablauf desselben, mittelst des beneficii novorum, überall keine neue Beweise, mit alleiniger Ausnahme des Urkundenbeweises, angeboten werden dürfen, so lange nicht um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf des Beweistermins nachgesucht, und diese gewährt worden ist."

Waldeck zeigt, unter Anführung von einzelnen Entscheidungen, a. a. O. nach, wie sich die Praxis bei dem gemeinschaftlichen Ober-Appellations-Gericht in Wolfenbüttel gestaltet hat, indem er sagt: „Dem Streben der Prozessualisten nach Sicherheit der Grundsätze ist es endlich gelungen, jene Befugniß" („der Verbesserung der Rechtsvertheidigung, durch neue Ausführungen und Beweise in der Appellations-Instanz") „folgendermaßen fest zu begründen: In der Appellations-Instanz ist eine Verbesserung der Rechtsvertheidigung durch früher noch nicht vorgekommene thatsächliche Aufklärungen oder Beweise insoferu zulassig, als

1) die neuen Thatsachen zu den, in der ersten Instanz gebrauchten Klagen- oder Einreden-Fundamen-

§pho 73. und 118. vorgeschriebenen Appellations-

ten passen und mithin das neue factische Vorbringen eine unzulässige Abänderung des Angriffs- oder des Vertheidigungs-Systems nicht zur Folge haben würde und

2) den weiteren Beweismitteln oder peremtorischen Schluß des Beweisverfahrens oder ein sonstiges rechtskräftiges Hinderniß nicht im Wege steht.

Diese geläuterte Begriffe jener Appellationswohlthat hat auch das Ober-Appellationsgericht bisher schon befolgt." *)

*) Waldeck fügt hinzu: „Es bedarf meiner Bemerkung nicht einmal, daß die gegebenen Merkmale der Statthaftigkeit oder Unstatthaftigkeit neuer Ausführungen und ergänzender Beweise keine Zweifelhaftigkeit übrig lassen und mithin einer beinahe gränzenlosen Rechtszuständigkeit vollkommen deutliche Gränzen gegeben sind und der Rec. Imp. nov. S. 73. u. 74. mit der L. 4. Cod. de temp. appell. und der Clem. 5. de appell. vereinbart ist. — Aber auch das Lob verdient jene Praxis des Oberappellations-Gerichts, daß, mit Ausschluß jedes Mißbrauchs jener mit der Appellation verbundenen Wohlthat, sie dem Rechte nur ersprieslich seyn könne. Denn die in der ersten Instanz durch die Klage, Litiskontestation und Einreden festgestellten Anspruchs- und Vertheidigungsfundamente bleiben unverrückt und der peremtorische Schluß eines Beweisverfahrens kann dadurch nicht aufgehoben werden."

Vergl. noch die (Pfeiffersche) Beurtheilung der Waldeckschen Schrift im fünften Band der Tübinger kritischen Zeitschrift: „Das Oberappellations-Gericht zu Wolfenbüttel hat diese Rechtswohlthat in der, der neueren Prozeßtheorie angemessenen Beschränkang auf solche neue Thatsachen, welche zu den, in der ersten Instanz gebrauchten Klagen oder Einreden-Fundamenten passen und auf solche weiteren Beweismittel, welchen nicht der peremtorische Schluß des Beweisverfahrens oder ein sonstiges rechtskräfti-

eid [8]): daß er von dem neuen An= und Vorbringen (neuen Beweismittel) vor Ablauf des, ihm von dem vorigen Richter vorbestimmten Beweis= (Gegenbeweis) Termins keine Wissenschaft gehabt, — oder solches damals nicht einbringen können — oder einzubringen nicht für dienlich [9]) und nöthig geachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches zur Erhaltung seiues Rechtes dienlich und nothwendig sey,

ausschwören wird.

4) Die Leistung des Appellationseides ist jedoch den Partheien jedesmal zu erlassen, wenn sie entweder, aus hinlänglich erheblichen Gründen um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Rechtens gegen den Ablauf des Beweistermins nachgesucht haben und

---

8) Ueber die Bedeutung und den Zweck dieses Eides vergl. besonders

v. Almendingen a. a. O. S. 121 ꝛc.

Linde a. a. O. (Zeitschrift ꝛc.) S. 476 ꝛc.

9) Linde a. a. O. S. 479.

---

ges Hinderniß im Wege stehet, durch seine Praxis angenommen. — Unter den besonderen Hindernissen der Zulassung neuer Beweismittel hätte wenigstens von dem Verfasser auch noch derjenigen gedacht werden sollen, welche nicht gerade durch die Rechtskraft, sondern durch die sonstige prozessualische Lage ausgeschlossen werden, z. B. weiterer Zeugenbeweis nach eröffnetem Rotul, besserer Beweis eines schon geführten besseren."

solche ihnen daher nicht versagt werden kann, oder wenn es offenbar ist, daß die neuen Beweise, deren sie sich bedienen wollen, erst nach Verlauf der Beweisfrist zu ihrer Kenntniß gelangt seyen oder wohl gar erst später ihr Daseyn erhalten haben.

5) Die vorstehenden Bestimmungen gelten auch insgesammt für das Rechtsmittel der Revision, wo dieses die Stelle der Appellation, mit gleicher Wirkung, wie diese, vertritt, — [10]) jedoch bei beiden Rechtsmitteln nur in Civil-Rechtssachen [11])."

---

10) Vergl. überhaupt
Linde: Lehrbuch Aufl. 3. §. 416.
und über das Hessische Partikularrecht
Hessen-Darmstädtische Civil-Prozeßordnung v. J. 1724 ꝛc. mit Supplementen. Darmstadt 1830 S. 201 — 204. 280 — 284.

11) Vergl. Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren ꝛc. Heidelberg 1827. Abth. 2. §. 194 — 198.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Bopp, Philipp, 1790-1862

Mittheilungen aus den Materialien der Gesetzgebung und Rechtspflege des Großherzogthums Hessen in einzelnen Ausarbeitungen und mit besonderer Beachtung merkwürdiger Rechtsfälle
Bd.: 5

Darmstadt (1831)

Decis. 17 h-4/6
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10396494-2